

THÈSE DE  
LYON.  
1889  
N<sup>o</sup>. 2.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE LYON

DROIT ROMAIN

DES ORIGINES ROMAINES

DE LA

SUBROGATION LÉGALE ACCORDÉE A L'ACQUÉREUR

DE L'HYPOTHÈQUE

AU PROFIT DU PROPRIÉTAIRE SUR SA PROPRE CHOSE

DROIT FRANÇAIS

DE LA DOTALITÉ

ET DES RESTRICTIONS APPORTÉES PAR LE CONTRAT DE MARIAGE

A LA

CAPACITÉ DE LA FEMME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 18 JANVIER 1889

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

PAR

EDOUARD CHACHUAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

(Concours de droit civil, 1<sup>er</sup> prix 1883 et 1884. — Concours de législation  
notariale et fiscale, 1<sup>er</sup> prix 1885).

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

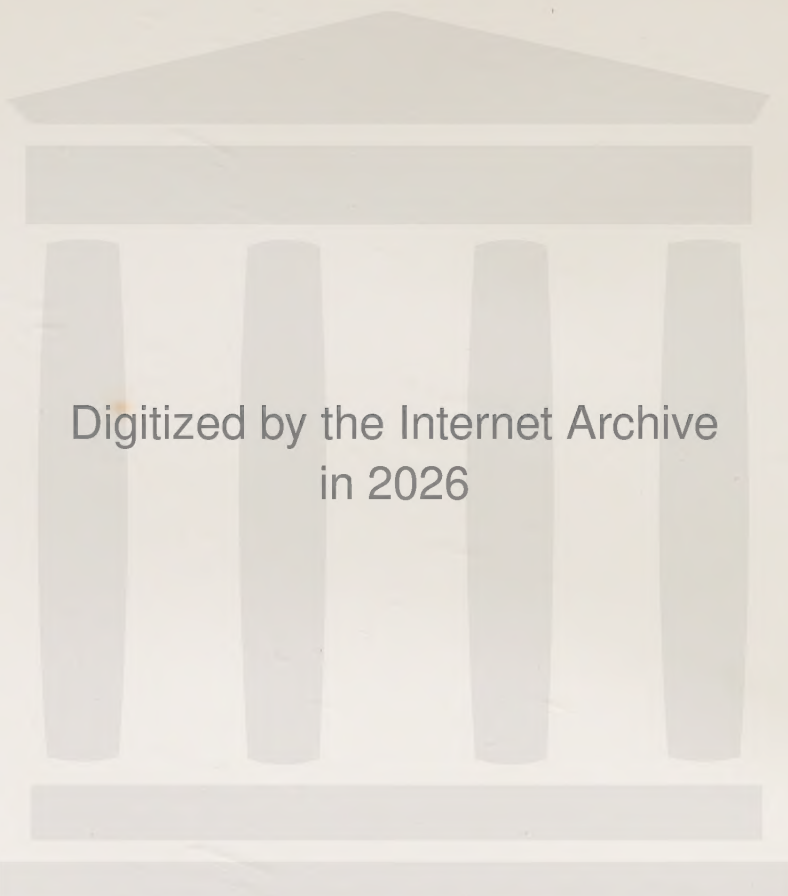
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULIER, 13

1889









Digitized by the Internet Archive  
in 2026



THÈSE

POUR LE DOCTORAT

## FACULTÉ DE DROIT DE LYON

---

MM. CAILLEMER, *§*, *doyen*, professeur de droit civil ;  
MABIRE, professeur de droit civil ;  
GARRAUD, professeur de droit criminel ;  
APPLETON, professeur de droit romain ;  
FLURER, professeur de droit civil ;  
THALLER, professeur de droit commercial ;  
ROUGIER, professeur d'économie politique ;  
ENOÛ, professeur de droit administratif ;  
AUDIBERT, professeur de droit romain ;  
COHENDY, professeur de procédure civile ;  
LESEUR, agrégé, chargé du cours d'histoire générale  
du droit français ;  
SAUZET, agrégé, chargé du cours de droit international  
privé ;  
BERTHÉLEMY, agrégé, chargé du cours d'histoire  
interne du droit français ;  
BLONDEL, chargé du cours d'histoire du droit public ;  
BECQ, secrétaire ;  
GROSSET, bibliothécaire.

---

## JURY DE LA THÈSE

*Président :* - M. CAILLEMER, *professeur doyen* ;  
*Suffragants :* MM. GARRAUD, *professeur* ;  
APPLETON, *professeur* ;  
THALLER, *professeur*.



UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE LYON

---

DROIT ROMAIN

DES ORIGINES ROMAINES

DE LA

SUBROGATION LÉGALE ACCORDÉE A L'ACQUÉREUR

---

DE L'HYPOTHÈQUE

AU PROFIT DU PROPRIÉTAIRE SUR SA PROPRE CHOSE

---

DROIT FRANÇAIS

DE LA DOTALITÉ

ET DES RESTRICTIONS APPORTÉES PAR LE CONTRAT DE MARIAGE

A LA

CAPACITÉ DE LA FEMME

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE 18 JANVIER 1889

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

PAR

EDOUARD CHACHUAT

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

(Concours de droit civil, 1<sup>er</sup> prix 1883 et 1884. — Concours de législation  
notariale et fiscale, 1<sup>er</sup> prix 1885).

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

---

1889



DROIT ROMAIN

---

DES

ORIGINES ROMAINES

DE LA

SUBROGATION LÉGALE ACCORDÉE A L'ACQUÉREUR

---

DE L'HYPOTHÈQUE

AU PROFIT DU PROPRIÉTAIRE SUR SA PROPRE CHOSE





## INTRODUCTION

---

Un propriétaire peut-il avoir une hypothèque sur sa propre chose ?

L'utilité d'une telle hypothèque peut au premier abord être mise en doute ; l'esprit conçoit difficilement en effet l'idée de l'existence, au profit du propriétaire et sur un même immeuble, de deux droits qui semblent s'exclure.

Il est de principe évident, dans la sphère des droits personnels, que deux qualités incompatibles ne peuvent exister chez un même titulaire, sans qu'il se produise aussitôt extinction par confusion de l'une d'elles. Ainsi le rapport de droit qui s'établit entre un créancier et son débiteur cesse d'exister, lorsqu'une même personne réunit ces deux qualités ; la confusion s'opère et l'extinction de l'obligation doit en résulter.

Dans la théorie des droits réels, le principe de la confusion s'applique également. Les droits réels accessoires, l'usufruit, les servitudes, l'hypothèque s'éteignent par confusion, s'ils sont réunis à la propriété. Ces droits accessoires sont incompatibles avec le droit réel absolu : on ne peut avoir un droit d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque sur sa propre chose.

Si nous envisageons spécialement la réunion de l'hypothèque et de la propriété, l'extinction de l'hypothèque par confusion semble certaine.

Cependant, à ne consulter que l'article 1251, 2<sup>e</sup> § du Code civil accordant la subrogation légale « *à l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué,* » les principes que nous venons de rappeler reçoivent exception.

Les rédacteurs du Code civil ont-ils ainsi admis une dérogation au principe de l'extinction de l'hypothèque par sa réunion à la propriété et la même exception a-t-elle existé en droit romain, dans le cas où un acquéreur payait son prix aux créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble qu'il avait acquis ? Telle est la question que nous nous proposons de résoudre ici, en comparant la subrogation accordée à l'acquéreur par l'article 1251 de notre Code civil à la même subrogation, que la plupart des interprètes du droit romain classent parmi les cas d'application d'une théorie qu'ils appellent, d'après les expressions des textes, doctrine de la *successio in locum creditorum*.

Dans une première partie, nous étudierons la subrogation de l'acquéreur en droit romain et nous nous demanderons s'il avait une hypothèque sur sa propre chose, au même titre que l'acquéreur subrogé en vertu de l'article 1251 du Code civil. Nous rechercherons les origines de cette hypothèse spéciale de subrogation, et nous nous attacherons à démontrer, bien que ce point ait été contesté par les auteurs de notre ancien droit et soit encore mis en doute par des jurisconsultes modernes très-autorisés, que la subrogation au profit de l'acquéreur a sa source dans le droit romain, qui lui accordait une protection identique à celle que lui confère notre Code civil.

Dans une seconde partie, nous généraliserons la ques-



tion de savoir si un propriétaire peut avoir une hypothèque sur sa propre chose et si la confusion n'opère pas l'extinction des droits réels. A ce propos, nous examinerons la valeur d'une thèse soutenue en Allemagne par de nombreux commentateurs du droit romain, admettant la coexistence possible, sur un même bien, d'un droit de propriété et d'un droit d'hypothèque, sans qu'aucune confusion se produise ; nous étudierons les textes dans lesquels on a cru rencontrer des exemples de la coexistence de ces deux droits et nous passerons rapidement en revue les explications données par les jurisconsultes allemands.

---



# PREMIÈRE PARTIE

## DE LA SUCCESSIO IN LOCUM CREDITORUM AU PROFIT DE L'ACQUÉREUR.

---

### OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

En quoi consistait, en droit romain, *la successio in locum creditorum* ?

De nombreux interprètes soutiennent qu'il n'existait pas à Rome, au profit du tiers payant de ses deniers la dette d'une autre personne, d'autre voie de recours que le *bénéfice de cession d'actions*.

Cette opinion est d'autant plus admissible que les auteurs de notre ancien droit n'ont nulle part distingué entre les deux institutions romaines : la cession d'actions et la *successio in locum*, et ont tous assigné comme origine unique à toutes les hypothèses de subrogation admises dans notre droit, le bénéfice de cession d'actions.

A notre avis, plusieurs de ces hypothèses n'étaient pas, en droit romain, soumises aux règles de la cession d'actions. Elles étaient régies par d'autres principes que les commentateurs ont groupés pour en former une théorie distincte, celle de la *successio in locum credi-*

torum (1). Les jurisconsultes romains n'ont pas établi de toutes pièces la théorie de la *successio in locum*, mais elle existait néanmoins dans leurs écrits, les interprètes n'ont eu qu'à la dégager.

Quelle différence établirions-nous entre la *successio in locum* et la cession d'actions ?

Le bénéfice de cession d'actions est le moyen de recours accordé à toute personne payant pour autrui et contrainte d'effectuer ce paiement. Par l'effet d'une fiction, cette personne acquiert, au moment du paiement, toutes les sûretés attachées à la créance remboursée : actions contre les débiteurs principaux et les débiteurs accessoires.

Bien différent est l'effet de la *successio in locum creditorum*. Le *succedens* obtient, nos efforts tendront du moins à le démontrer, le droit de se prévaloir seul des prérogatives attachées à l'hypothèque du créancier qu'il désintéresse, notamment du rang de cette hypothèque. Dans la *successio in locum*, aucune cession fictive, analogue à celle qui justifie le bénéfice de cession d'actions, ne se rencontre ; le paiement fait par le *succedens* éteint la créance, mais la *successio in locum* lui permet de profiter seul de cette extinction.

Les jurisconsultes romains accordaient la *successio in locum* :

<sup>10</sup> Au prêteur dont les deniers servaient à désintéresser un créancier hypothécaire (L. 12 § 8 D. *Qui potiores in pign.* 20,4. — L. 3 D. *Quæ res pign. vel. hyp.* 20,3 — L. 1 C. *De his qui in priorum cred.* 8,19) ;

<sup>20</sup> Au créancier qui désintéressait un autre créancier

(1) Labbé. *Explication des Instituts par Ortolan*, t. III, App. XII, p. 903.



ayant une hypothèque antérieure, hypothèse du *jus offerendæ pecuniæ* (L. 22 C. de *pign.* 8,14. — L. 16 D. 20,4);

30 A l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui employait le paiement de son prix au paiement des créanciers hypothécaires (L. 3 C. 8,19. L. 17 D. 20,4);

40 Au créancier hypothécaire qui consentait à nover sa créance, à la condition que son nouveau droit serait garanti par une hypothèque sur la chose engagée précédemment à la créance novée (L. 2 § 1 D. *De pign. act.* 13,7).

A la simple énumération de ces hypothèses, il est facile de remarquer l'analogie qui existe entre elles et plusieurs des cas de subrogation admis par les rédacteurs de notre Code civil.

L'étendue restreinte de ce travail ne nous permettra pas de rechercher le lien de filiation existant entre notre subrogation et les diverses hypothèses où la *successio in locum creditorum* des Romains trouvait application.

Nous n'envisagerons que la *successio in locum* existant, en droit romain, au profit de l'acquéreur. Elle était établie par deux textes ainsi conçus :

« *Eum, qui a debitore suo prædium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit* ». L. 17 D. *qui potior.* 20,4.

« *Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in jus eorum successisti et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.* » L. 3 C. *de his qui in priorum cred.* 8, 19.

Nous nous proposons d'étudier la *successio in locum*

accordée par le droit romain à l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué et de comparer cette institution à la subrogation légale qui lui est accordée par notre Code civil; nous nous demanderons si, dans la législation romaine et dans notre droit actuel, l'acquéreur, obtenant la *successio in locum* ou la subrogation, a une hypothèque sur sa propre chose.

Les questions relatives à la subrogation ont de tous temps engendré de vives controverses et, dans notre ancien droit, les auteurs sont unanimes à attester qu'un tel sujet est redoutable. Chassanée (1) qualifie la subrogation de « *materia difficilis et intricata* » et Renusson constate en ces termes les difficultés de ce sujet : « Il se présente encore tous les jours des questions de subrogation qui font de la peine aux avocats qui les traitent ; il n'y a même que les plus habiles et les plus expérimentés qui en sont capables. Les juges se trouvent aussi embarrassés dans les jugements des procès où ces questions se rencontrent ; ils ont rendu plusieurs jugements contraires les uns aux autres, ce qui a grandement brouillé la matière » (2).

Dans notre droit actuel, les controverses signalées par nos anciens auteurs n'ont pas encore pris fin. La jurisprudence est cependant fixée sur les questions principales de cette matière, mais ses solutions sont parfois contestées. Nous étudierons les règles de la subrogation accordée à l'acquéreur par le droit romain, en les rapprochant des solutions données par les jurisconsultes de notre an-

(1) *Coutume du duché de Bourgogne*. — Droits appartenant à gens mariés. Rub. IV, § 2.

(2) *Traité de la subrogation*, Ch. 1, § 15.

cien droit et des principes qui régissent aujourd'hui cette institution.

Nous diviserons cette étude de la *successio in locum* en deux chapitres :

Dans le premier, nous rechercherons quelle est la nature de la *successio in locum* et nous nous demanderons si l'acquéreur avait à Rome une hypothèque sur sa propre chose.

Dans le second, nous étudierons les conditions d'exercice de la *successio in locum* accordée à l'acquéreur, son étendue et ses effets.

---

## CHAPITRE PREMIER

### DE LA NATURE DE LA SUCCESSIO IN LOCUM.

Peu de questions, dans notre droit civil, ont engendré une controverse aussi vive que celle existant sur la nature de la subrogation. Notre subrogation procède de deux institutions romaines distinctes : le bénéfice de cession d'actions et la *successio in locum*. Cette distinction, méconnue par la plupart des commentateurs, semble avoir perdu une partie de son intérêt, les auteurs de notre Code civil ayant assimilé, au point de vue de leur nature, toutes les hypothèses de subrogation. Mais au point de vue historique et de l'exactitude des textes, cette question mérite d'être résolue.

Nous croyons pouvoir affirmer que la subrogation a existé à Rome sous la forme de deux institutions spéciales, ayant chacune une sphère d'application distincte, et régie par des règles différentes. La *successio in locum* n'est pas, comme on le soutient, une cession d'actions tacite ; elle diffère du bénéfice de cession d'actions par sa nature et par ses effets.

Les romanistes allemands ont signalé la distinction que nous proposons et ont cherché à analyser exactement la nature de ce nouveau bénéfice de la *successio in locum*, dont l'existence, pour certains interprètes, est chose problématique.

Une première justification se rapproche d'une explication qui a été souvent donnée, dans notre droit civil, à la subrogation. D'après Haubold, la *successio in locum* opère au profit du succedens une cession de la créance et de l'hypothèque qui en forme la garantie (1), et cette cession s'opère, même sans le consentement du créancier désintéressé. Si ce créancier refuse de consentir la subrogation, le juge devra la considérer comme s'étant produite.

Cette théorie n'invoque pas à son appui des arguments directs et reste exposée à de sérieuses objections. Les textes relatifs à la *successio in locum* ne supposent pas la cession qui est la base de cette explication. Aucun d'eux ne fait allusion à l'obligation pour le créancier désintéressé de céder sa créance au moment du paiement. L'idée de cession, lorsqu'il s'agit au contraire du bénéfice de cession d'actions, est très-nettement indiquée par les textes (L. 17 D. *De fidejussoribus*, 56, 1. — L. 63, *eod. tit*).

Le résultat de cette première doctrine, dans l'hypothèse de *successio in locum* que nous envisageons plus particulièrement, est de rendre l'acquéreur, qui s'est libéré de son prix, en désintéressant les créanciers ayant hypothèque sur le bien qu'il a acquis, cessionnaire des créances dont il a effectué le remboursement. Il semble étrange que l'acquéreur, qui n'a payé que sa propre dette, devienne, par ce fait, titulaire d'un droit de créance.

Une autre explication de la *successio in locum* est basée sur une idée qui, dans ces derniers temps, a fait fortune en Allemagne, l'idée de l'« *indépendance de l'hypothèque* ». Nous aurons à approfondir cette notion dans la seconde

(1) *De jure offerendi*, IV. 2, p. 601.



partie de notre étude ; contentons-nous de dire ici que, d'après une thèse soutenue par de nombreux auteurs allemands, l'hypothèque n'est pas un démembrement du droit de propriété et la réunion de ces deux droits n'en opère pas nécessairement la confusion. Un propriétaire peut avoir à la fois sur sa propre chose un droit de propriété et un droit d'hypothèque parfaitement distincts, ayant l'un et l'autre des effets propres. Ces principes abstraits rappelés, voici comment on a proposé d'analyser la *successio in locum* (1) : le paiement fait au créancier hypothécaire éteint la créance définitivement, l'hypothèque que, lors du prêt qui lui a été consenti, le débiteur avait conférée au créancier, lui fait retour et vient se réunir en ses mains au droit de propriété avec lequel elle ne se confond pas. Le débiteur a la libre disposition de cette hypothèque, il peut en investir à son gré : 1<sup>o</sup> le tiers acquéreur qui paie les créanciers ayant hypothèque sur son bien ; 2<sup>o</sup> le créancier hypothécaire qui désintéresse un créancier ayant un rang préférable ; 3<sup>o</sup> le prêteur de deniers destinés au remboursement d'une créance hypothécaire. La *successio in locum* s'opère ainsi de plein droit, sans qu'un accord préalable des parties soit nécessaire.

Sans anticiper sur des développements qui trouveront ailleurs leur place, nous estimons que la conception sur laquelle repose la thèse de Becmann, pour être ingénieuse, n'en est pas moins difficilement acceptable. Il paraît contraire aux principes du droit romain, en matière hypothécaire, de considérer l'hypothèque comme un droit absolument indépendant de la créance dont elle forme la

(1) Bernhard Becmann, *De successione creditoris in alterius et suum ipsius locum*, §. 48.

garantie. L'hypothèque, à Rome, comme dans notre droit, ne peut exister sans une créance dont elle est l'accessoire.

Deux opinions principales sur la nature de la successio in locum ont réuni les adhésions de la plupart des commentateurs.

Certains auteurs soutiennent que l'action du créancier désintéressé s'éteint par le paiement, mais que l'hypothèque, qui était attachée à la créance remboursée, est transmise, par l'effet de la subrogation ou de la successio in locum, au nouveau créancier (1). L'hypothèque survit ainsi à la créance dont elle était l'accessoire. Dans le cas de successio in locum au profit de l'acquéreur, ce dernier aura une hypothèque sur l'immeuble qu'il a acquis.

D'autres interprètes très-autorisés admettent que le paiement fait au créancier éteint à la fois la créance et l'hypothèque. La successio in locum a le seul effet de donner au nouveau créancier le droit de se prévaloir du rang de l'hypothèque qui appartenait au créancier désintéressé (2).

Observons tout d'abord que la thèse, d'après laquelle la successio in locum opère la transmission de l'hypothèque, explique bien l'opération en cas de successio in locum

(1) Pothier, *Introd. à la coutume d'Orléans*, t. XX, n° 80. — Demolombe, *Contrats*, t. IV, n° 301. — Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, n° 288, 2<sup>e</sup> édit. p. 699.

En Allemagne, cette opinion est adoptée par Puchta, *Pandekten* § 213. — Arndts, *Pandekten* § 374 — Mühlenbruch, *Lehre von der cession* § 43.

(2) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 463, et suiv. — Beauregard, *Du paiement avec subrogation* p. 86. — Labbé, loc. cit. — Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen rechts*, t. II, p. 490 et suiv. — Comp. M. Appleton, (*Résumé du cours de Droit Romain*, t. 2, p. 209).

au profit de l'acquéreur qui emploie son prix au paiement des premiers créanciers hypothécaires. L'hypothèque de ces créanciers profitera à l'acquéreur à concurrence des sommes qu'il aura payées ; l'acquéreur aura ainsi une hypothèque sur sa propre chose.

A l'appui de cette opinion, on invoque plusieurs textes dans lesquels l'opération qui intervient, en cas de *successio in locum*, est désignée par l'expression : « *successio in jus* », notamment la loi 3 D. *de pignoribus et hyp.* 20,3 et les lois 3 et 4 D. *de his qui in priorum cred.* 8-19. Dans ces textes nous lisons : « *non aliter in jus prioris succedet, in ejus eorum successisti.* » De telles expressions, soutient-on, indiquent que la *successio* opère transmission du droit hypothécaire lui-même.

Les expressions des textes ne doivent pas, à notre avis, avoir, dans le débat, l'importance que certains interprètes leur attribuent et peut-être est-ce exagérer leur portée que de voir dans le terme « *successio in jus*, » l'indication d'une transmission de l'hypothèque. Le mot *jus*, en droit romain, n'a pas une signification très-exactement déterminée ; il a le sens du mot *droit*, dans notre langage juridique, et c'est ajouter à la pensée des jurisconsultes romains que de donner à ce mot un sens précis. D'ailleurs le premier créancier hypothécaire avait à Rome des prérogatives nombreuses, la maxime « *prior tempore potior jure* » en donne le témoignage ; le premier créancier avait seul le droit de vendre les biens hypothéqués, et peut-être, par l'expression *successio in jus*, les jurisconsultes romains ont-ils voulu faire allusion aux avantages résultant de la qualité de premier créancier hypothécaire ! Remarquons en outre que les expressions, que nous avons citées, diffèrent de celle employée dans la rubrique même du texte

du Digeste relatif à l'institution que nous nous proposons d'étudier. Le livre 20 t. 4 du Digeste est en effet intitulé : « *qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his qui in priorum creditorum locum succedunt.* »

L'opinion, d'après laquelle la successio in locum entraîne transmission de l'hypothèque, ne s'appuie pas, à vrai dire, sur des arguments directs et ses partisans n'invoquent pas à son appui d'autres motifs que ceux résultant des expressions des textes. Nous étudierons plus longuement la thèse qui en est la contradiction et qui voit, dans la successio in locum, une succession au rang hypothécaire, sans que l'hypothèque elle-même soit transmise. Les objections, qui sont faites à cette seconde doctrine, peuvent servir d'arguments en faveur de la première.

Tout d'abord, examinons la valeur d'une objection fondamentale qui a été faite à la doctrine que nous cherchons à établir.

L'idée d'une succession au rang d'une hypothèque, sans qu'il y ait transmission de l'hypothèque elle-même, n'a pas été admise par les jurisconsultes romains ; c'est là, a-t-on dit, une pure conception des interprètes.

Un texte nous permet de réfuter cette objection. Dans la loi 12 § 4 D. *qui potiores* 20-4, il s'agit d'une transmission du rang hypothécaire et non d'une transmission de l'hypothèque. « *Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate ; secundus potior erit : pecunia autem soluta secundo, an rursus teneatur tibi, recte quæritur ? Erit autem facti quæstio agitanda, quid inter eos actum sit : utrum ut discedatur ab hypotheca in totum, cum prior concessit creditor alii obligari hypothecam ; an ut ordo servetur et prior creditor secundo loco constitutatur.* »

Dans cette loi, Marcien prévoit l'hypothèse suivante : un débiteur ayant constitué une hypothèque à un premier créancier confère avec son consentement une nouvelle hypothèque à un tiers. Ce second créancier ayant reçu son paiement, le premier aura-t-il conservé son hypothèque ?

Ce sera, d'après Marcien, une question de fait. D'où nous devons conclure que si le premier créancier a voulu conserver son hypothèque, son consentement à la seconde constitution d'hypothèque sera interprété comme une simple cession de son *rang* hypothécaire.

La succession au rang d'une hypothèque n'est donc pas une pure conception des interprètes ; cette notion n'a pas été inconnue des jurisconsultes romains.

Un de nos vieux jurisconsultes, Basnage (1), indiquant la différence qui existe entre la cession-transport et la subrogation, dit que le subrogé « succède, comme dit Loyseau, *in loco primi creditoris*, id est *in ordinem hypothecæ*. » Cette expression d'un ancien commentateur, que nous ne rencontrons, il est vrai, dans aucun texte du droit romain, caractérise très-exactement, ce nous semble, la nature de la *successio in locum*.

Abordons l'examen des arguments sur lesquels la doctrine de la succession au rang hypothécaire est fondée.

La considération la plus importante, qui peut être invoquée en faveur de cette thèse, est la nécessité pour le succedens d'avoir, pour que la *successio in locum* s'opère à son profit, *une hypothèque ou un droit réel préexistant*. Cette hypothèque ne peut être nécessaire si, par l'effet de la *successio in locum*, l'hypothèque du créancier *dimissus* passe elle-même au succedens. On en conçoit au

(1) *Traité des hypothèques*, 4<sup>e</sup> P., Ch. XV.



contraire l'utilité, si la *successio in locum* n'entraîne que la simple transmission du rang de l'hypothèque.

Cette condition de l'exercice de la *successio in locum* résulte de textes nombreux relatifs aux divers cas de succession hypothécaire :

1<sup>o</sup> La loi 3 D. *Quæ res pign.* 20, 3 indique très nettement qu'il n'y a pas de *successio in locum* au profit du prêteur de deniers, s'il n'a eu soin de se faire concéder par avance une hypothèque : « *Aristo Neratio Prisco scripsit, etsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter IN JUS PIGNORIS SUCCEDET, NISI CONVENIRIT, UT SIBI EADEM RES ESSET OBLIGATA : neque enim in jus primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore : quo casu emptoris causa melior efficitur.* »

2<sup>o</sup> Dans le même sens on peut invoquer la loi 2 D. *De pigneratitia actione* 13,7 « *Si debitor rem pignori datam vendidit, et tradidit, tuque ei nummos credidisti, quos ille solvit ei creditori, cui pignus dederat, TIBIQUE CUM EO CONVENIT, UT EA RES QUAM JAM VENDIDERAT, PIGNORI TIBI ESSET....* »

Dans ce texte, Pomponius suppose qu'un débiteur a vendu la chose qu'il a donnée en gage et qu'un tiers lui a prêté les deniers nécessaires pour désintéresser le créancier auquel la chose était hypothéquée. L'argent a été fourni à la condition que la chose serait hypothéquée au nouveau créancier. La *successio in locum* n'aura pas lieu, nous dit le jurisconsulte. La raison en est que le nouveau créancier n'avait pas d'hypothèque sur la chose, au moment où il a prêté, et l'ancien propriétaire, la tradition opérée, n'avait plus le droit de conférer une nouvelle hypothèque.

3<sup>o</sup> Citons enfin un rescrit de l'empereur Sévère contenu

dans la loi 1 C. *De his qui in priorum cred.* 8,19 : « *Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur : cum is qui pecuniam postea dat, SUB HOC PACTO CREDAT, UT IDEM PIGNUS EI OBLIGETUR, ET IN LOCUM EJUS SUCCEDAT. Quod cum in persona tua factum non sit: (judicatum est enim te pignora non accepisse), frustra putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostræ ad eam rem pertinentis.* »

L'empereur indique qu'il refuse la *successio in locum* pour la raison qu'il n'y a pas eu constitution d'hypothèque antérieure au prêt qui a été consenti.

Les textes, que nous venons de citer, suffiraient à justifier la doctrine d'après laquelle la *successio in locum* n'est qu'une succession au rang hypothécaire. Ces textes se concilient difficilement avec les autres opinions émises sur la nature de la *successio in locum*. On ne comprend pas que la constitution d'une hypothèque soit nécessaire si, par l'effet de la *successio in locum*, l'hypothèque du créancier dimissus est transmise au *succedens* ou si ce nouveau créancier devient cessionnaire de l'ancienne créance et de tous ses accessoires.

La nécessité pour le *succedens* d'avoir sur la chose un droit réel, pour obtenir la *successio in locum*, prouve encore que la *successio* était autre chose qu'une cession d'actions s'opérant de plein droit. Par l'effet de la cession d'actions, les accessoires de la créance, et notamment l'hypothèque, sont transmis au nouveau créancier. S'il n'y avait eu, en droit romain, qu'une seule théorie de la subrogation, celle de la cession forcée, comment expliquer l'obligation imposée, dans certaines hypothèses, au créancier subrogé, d'avoir une hypothèque sur la chose devant former sa garantie ?

Comment les partisans des thèses, auxquelles nous n'avons pas cru devoir souscrire, concilient-ils leurs opinions avec les textes que nous avons cités ?

Les Glossateurs ont vu la difficulté; ils ont cru qu'ils pouvaient satisfaire aux exigences des textes, en alléguant que le créancier succedens avait deux hypothèques, l'une de son chef, l'autre du chef du créancier désintéressé (1), mais ils ne justifient leur explication par aucun raisonnement. Comment d'ailleurs expliquer le concours de deux hypothèques sur un même bien pour la garantie d'une même créance ? L'explication des Glossateurs ne résiste pas à l'examen d'un texte que nous aurons à commenter plus loin, la loi 7 § 5 et 6 D. *De rebus eorum* 27, 9. Cette loi vise une hypothèse de successio in locum s'opérant dans une circonstance où la constitution d'une hypothèque est impossible.

D'autres commentateurs ont dit : Les textes ne réclament pas l'existence au profit du succedens d'une hypothèque antérieure à la successio in locum. Ils font simplement allusion à l'obligation pour le succedens de stipuler expressément le bénéfice de la successio. Et l'on appuie cette assertion sur les termes de la loi 1 C. 8, 19, que nous avons déjà citée : « *Ut idem pignus ei obligetur et in locum ejus succedat.* » Comme nous aurons à le remarquer, dans l'hypothèse de successio au profit de l'acheteur et dans le cas d'application du jus offerendæ pecuniæ, la successio in locum, de l'avis de tous les commentateurs, s'opérerait de plein droit, sans qu'aucune réquisition fut nécessaire.

Nous avons ainsi exposé les arguments en faveur de l'opinion d'après laquelle la successio in locum n'est

(1) Bartole. Sur la loi 1 D. *Quæ res in pign.* 20-3.

qu'une succession au rang de l'hypothèque. Il nous reste à examiner les objections qui ont été faites à cette thèse par les partisans de la doctrine de la transmission de l'hypothèque.

Tout d'abord, formulons une objection, qui se rapporte spécialement à l'hypothèse de subrogation dont nous nous occupons plus particulièrement.

Dans le cas de *successio in locum* au profit de l'acheteur, payant son prix aux créanciers hypothécaires, les textes ne font aucune allusion à l'obligation pour l'acheteur d'avoir une hypothèque sur l'objet qu'il acquiert, et, en fait, il n'a aucune hypothèque qui puisse profiter du rang hypothécaire appartenant au créancier qu'il désintéresse. Les expressions des textes supposent au contraire qu'aucune constitution d'hypothèque n'est intervenue.

A cette objection nous répondrons : L'acheteur est propriétaire, son droit de propriété remplace pour lui le droit d'hypothèque qui doit être stipulé d'après les textes. Pour que la *successio in locum* se produise, il suffit que le *succedens* soit titulaire d'un droit réel qui puisse profiter de l'extinction de l'hypothèque du créancier *dimissus*. Pourquoi demander que l'acheteur ait une hypothèque sur sa propre chose ? N'a-t-il pas en son pouvoir le droit réel par excellence, le droit de propriété ? Le créancier désintéressé avait, en sa qualité de premier créancier, une prérogative, celle d'être préféré sur le prix de la chose hypothéquée ; cette prérogative, il la transmet au *succedens*, dans l'espèce, à l'acheteur. Si ce dernier est évincé par des créanciers hypothécaires non désintéressés, il fera valoir contre eux son droit de propriété et l'avantage résultant de la *successio*, qui s'attache à ce droit, comme le premier créancier eût fait valoir son droit d'hypothèque

et le rang privilégié qui lui appartenait. En d'autres termes, le droit de propriété de l'acheteur sera muni d'un *droit de préférence*, qu'il opposera aux créanciers ayant une hypothèque postérieure à celle du créancier *dimissus*.

On comprend aisément que la règle, d'après laquelle le succedens doit obtenir une hypothèque antérieure au paiement qu'il effectue, fléchisse lorsque le succedens est un acheteur. Lorsqu'il s'agit d'un prêteur, ce créancier dépourvu d'un droit réel et auquel la *successio in locum* ne donnera aucun droit de cette nature, puisque le paiement éteindra l'hypothèque du créancier *dimissus*, devra, pour obtenir la *successio in locum*, suivant les expressions des textes, « *convenire de pignore*. » L'acheteur, au contraire, déjà nanti d'un droit réel, aura la *successio in locum* sans qu'aucune convention d'hypothèque soit nécessaire.

Avec cette explication, nous restons fidèle au principe d'après lequel nul ne peut avoir une hypothèque sur sa propre chose. Avec la théorie de la transmission de l'hypothèque, on est contraint d'admettre que l'acheteur devient créancier hypothécaire sur son propre bien.

D'autres objections, graves d'ailleurs, sont faites à l'opinion que nous avons admise.

On oppose la décision de la loi 38 *pr. De legatis* 3<sup>o</sup> 32: « *Pater filium heredem prædia alienare, seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex justis nuptiis, et cæteris cognatis, fideicommiserat: filius prædia, quæ pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore, nummis novi creditoris, a priore insequentem creditorem pignoris hypothecæ nomine transtulit. Quæsitum est, an pignus recte contractum esset? Respondit, secundum ea quæ proponerentur, recte contractum.* »



Un testateur, après avoir disposé de son patrimoine par une substitution fidéicommissaire, interdit à son héritier d'hypothéquer les immeubles qui dépendront de sa succession; malgré cette prohibition, l'héritier hypothèque le patrimoine du défunt au profit d'un tiers qui prête la somme nécessaire au paiement d'un créancier hypothécaire de l'hérédité, cas d'application de la *successio in locum*; le jurisconsulte déclare que cette hypothèque est valable.

On a trouvé dans ce texte le sujet d'une objection ainsi formulée : Le testateur ayant prohibé l'hypothèque des biens qu'il délaisserait, puisque la *successio in locum* a lieu au profit d'une personne à laquelle une hypothèque ne pouvait être régulièrement consentie, il faut en conclure qu'il y a ici échec à la règle, d'après laquelle la *successio in locum* n'opère que si une constitution d'hypothèque préalable a été consentie. Dans l'espèce prévue par la loi 38, cette condition ne peut plus être réalisée.

Remarquons, tout d'abord, que dans la loi 38, Scævola traite une hypothèse spéciale « *Secundum ea quæ proponerentur* » ; on aurait donc tort de considérer la solution de ce texte comme contenant l'exposé d'un principe. D'autre part, les expressions de ce texte indiquent que le jurisconsulte est consulté non pas sur les conditions d'exercice ou sur la nature de la *successio in locum*, mais sur la capacité qui, dans l'hypothèse qui lui est soumise, doit être reconnue à l'héritier grevé de fideicommiss. La gravité de la solution donnée par la loi 38, en ce qui concerne du moins la *successio in locum*, est donc fort atténuée.

Scævola, dans sa décision, se fonde sur ce que, malgré l'infraction apparente apportée aux prescriptions du testateur, l'hypothèque constituée par l'héritier n'augmente pas les charges de l'hérédité. Quelle a été l'intention du testateur

en prohibant l'hypothèque ? Il a vraisemblablement voulu éviter que de nouvelles charges fussent ajoutées par l'héritier à celles qu'il avait lui-même contractées ; mais qu'une hypothèque soit remplacée par une autre, sans que la situation de l'hérédité en soit aggravée, le testateur n'a pas voulu s'y opposer. Telle nous paraît être la solution du jurisconsulte dans la loi 38. La substitution d'un créancier nouveau à un créancier ancien n'est pas une charge et n'apporte aucune atteinte aux clauses restrictives du fidéicommiss. Dès lors, si, pour que cette substitution de créanciers s'opère, une hypothèque nouvelle doit être constituée, cette hypothèque sera valable ; le but que s'est proposé le testateur est réalisé : les charges de l'hérédité ne sont pas augmentées.

D'ailleurs la suite du texte de la loi 38 confirme encore notre explication. Scœvola permet l'aliénation des biens héréditaires dans les conditions où il valide l'hypothèque et la justification est la même dans les deux cas : « *Idem quæsiit, cum filius prædia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset: an emptores, qui fideicommissum ignoraverunt bene emerint? Respondi, secundum ea quæ proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset.* »

L'objection, qui est faite à notre thèse, tombe donc d'elle-même. Dans l'hypothèse prévue par la loi 38, la successio in locum s'opère et une hypothèque nouvelle est constituée, la condition, que nous avons indiquée comme nécessaire à l'exercice de la successio in locum, est réalisée.

Une solution, semblable à celle que nous venons de rencontrer et fondée sur les mêmes considérations, résulte de

la loi 7, §§ 5 et 6. *De rebus eorum qui sub tutela* 27,9, qui forme l'objet d'une nouvelle objection :

§ 5. — « *Si obligavit rem tutor sine decreto, quamvis obligatio non valeat, est tamen exceptioni doli locus: sed tunc cum tutor acceptam mutuam pecuniam ei solverit, qui sub pignore erat creditor.* »

§ 6. — « *Idem videndum est, an et obligare ei rem possit? Et dicendum est, si eandem sortem acceperit, nec gravioiribus usuris, valere obligationem, ut jus prioris creditoris ad sequentem transeat.* »

Ce texte a été diversement interprété.

D'après M. Beauregard (1), les §§ 5 et 6 de la loi 7 ne prévoient qu'une seule hypothèse, celle du prêteur ayant fourni des deniers destinés au remboursement d'une créance hypothécaire ancienne. M. Beauregard suppose que, dans la législation romaine, deux moyens de protection ont été successivement accordés au prêteur de deniers destinés au paiement d'une créance hypothécaire à la charge du pupille ; on lui accorda d'abord une exception de dol et on finit par déclarer valable l'hypothèque conférée sur les biens du pupille.

M. Challamel admet, au contraire, que les §§ 5 et 6 de la loi 7 prévoient deux hypothèses différentes (2). Dans le § 5, Ulpien a en vue l'hypothèse d'un prêteur de deniers devant servir à désintéresser les créanciers hypothécaires; la constitution d'hypothèque, nulle en vertu de l'Oratio Severi, est cependant sanctionnée par l'exception de dol donnée au succedens. Dans le § 6, il s'agit « d'un créancier hypothécaire primant le mineur, qui consent à renoncer

(1) Loc. cit., p. 93.

(2) *Du jus offerenda pecunia*, p. 33, note 22.

à son hypothèque primitive, pour accepter en garantie un autre bien ; » il y a donc constitution d'une sûreté nouvelle destinée à remplacer l'ancienne.

A notre avis, les §§ 5 et 6 de la loi 7 prévoient deux espèces différentes.

Dans l'hypothèse du § 5, il s'agit d'un tuteur qui emprunte et hypothèque le fonds Cornélien pour payer un créancier ayant hypothèque sur le fonds Sempronien. Ulpien décide que le tuteur ne peut grever d'hypothèque un fonds libre, ce qui est contraire à l'Oratio Severi ; mais comme l'argent prêté a servi à dégrever un immeuble du pupille, il serait injuste de priver le prêteur de toute protection, il aura l'*exception de dol*.

Dans l'hypothèse du § 6, le tuteur constitue une hypothèque nouvelle ; il hypothèque le fonds qui était déjà hypothéqué ; la condition du pupille n'est nullement aggravée. Les expressions des textes indiquent nettement le maintien d'une situation antérieure : « *Et dicendum est si eamdem sortem acceperit, nec gravioribus usuris, etc.* ». L'hypothèque ici sera valablement constituée, il n'y a pas dérogation à la prescription du sénatus-consulte.

Cette explication des deux hypothèses nous paraît la seule admissible ; les deux textes cités sont du même jurisconsulte et on comprendrait difficilement, si ces deux lois n'envisageaient qu'une seule espèce, qu'Ulpien ait donné deux solutions différentes.

Dans chacune des espèces prévues par les §§ 5 et 6 de la loi 7, il y a constitution d'une hypothèque nouvelle. Dans le § 6, cette constitution d'hypothèque nouvelle résulte, sans aucun doute, de ces mots : « *An tutor si obligare rem possit ?* » Les solutions de ces deux textes se justi-

fient d'ailleurs aisément : dans les deux cas, il s'agit d'une hypothèse absolument favorable ; le pupille est tenu de l'obligation contractée par son auteur ; il ne peut en effectuer le remboursement ; un tiers lui fournit les deniers nécessaires et obtient du tuteur une hypothèque que le jurisconsulte sanctionne dans le premier cas (§ 5) par une exception de dol, et dans le second cas (§ 6) par l'action hypothécaire avec *successio in locum*. Ulpien doit prendre parti entre l'application rigoureuse de l'*Oratio Severi* et l'intérêt du pupille, qui justifie une exception aux prescriptions de ce sénatus-consulte ; le texte même trahit les hésitations d'Ulpien. Loin de voir dans la loi 7 une objection à la doctrine que nous avons admise sur la nature de la *successio in locum*, nous y trouvons au contraire la confirmation de notre opinion ; les hésitations du jurisconsulte n'auraient aucune raison d'être, s'il n'y avait pas, dans l'hypothèse de la loi 7, une nouvelle constitution d'hypothèque.

L'objection fournie par la loi 7 n'est donc pas sans réplique et notre thèse sur la *successio in locum* reste entière.

Nous avons ainsi réfuté les principales objections qui ont été opposées à la doctrine que nous avons admise. La *successio in locum* est, à notre avis, une simple *succession au rang hypothécaire* ; l'hypothèque du créancier désintéressé est éteinte par le paiement qu'il reçoit ; le *successedens* a le droit de profiter seul de cette extinction (1).

(1) M. Appleton (loc. cit. p. 209) se prononce contre toute idée de transmission de l'hypothèque, dans le cas de subrogation accordée à l'acquéreur. Dans cette hypothèse « il y a, dit M. Appleton, application de l'idée que le dégrèvement de la chose doit profiter à celui qui l'a opéré, pourvu qu'il ait un droit réel sur la chose. »

Maynz (loc. cit., p. 906) repousse également l'idée de la transmis-



Au début de cette étude, nous avons affirmé que la *successio in locum* accordée par le droit romain à l'acquéreur pouvait être considérée comme la source de la subrogation légale que lui confère notre Code civil. La nature des deux institutions est-elle différente ? En droit romain, la *successio in locum* ne donnait pas à l'acquéreur un droit hypothécaire sur la chose qu'il avait acquise, elle lui permettait seulement, en cas de menace d'éviction, de se défendre comme le créancier, auquel il avait remis son prix, se fût lui-même défendu.

Dans notre droit civil, on décide généralement que l'acquéreur payant de ses deniers les créanciers hypothécaires obtient, par la subrogation, une hypothèque sur l'immeuble qui lui a été transmis. Le langage pratique, en harmonie d'ailleurs avec le texte de l'article 1251 2<sup>e</sup> § du Code civil, affirme que l'acquéreur a une hypothèque sur son propre immeuble et personne ne songe à contester ce résultat. Les principes qu'ont admis les jurisconsultes romains sont-ils inexacts dans notre droit actuel ? Nous ne le pensons pas et nous continuerons d'affirmer, en concluant, le lien d'étroite filiation qui existe entre la *successio in locum* et l'hypothèse de subrogation que nous avons envisagée. L'acquéreur obtient aujourd'hui par la subrogation légale une protection analogue à celle qu'il trouvait dans la *successio in locum* ; l'institution romaine et l'institution de notre droit civil ont le même but, les moyens de réaliser ce but seuls ont changé.

Ce n'est plus dans notre droit, comme en droit romain,

sion de l'hypothèque au profit de l'acquéreur. Ce n'est que par une fiction que l'acquéreur peut se dire titulaire d'un droit d'hypothèque. Cette fiction a pour but de lui assurer la possession tranquille de l'objet qu'il a acquis.

par le moyen d'une exception qu'un acquéreur subrogé peut faire valoir le droit résultant pour lui de la subrogation, c'est en affirmant l'existence d'une hypothèque à son profit. Aussi est-il juste, sous le régime de notre Code civil, de dire que l'acquéreur subrogé a une hypothèque sur sa propre chose. Une seule des prérogatives de cette hypothèque sera utile à l'acquéreur, *le droit de préférence*; en cas de dépossession par l'effet d'une action hypothécaire, le droit de préférence, valablement conservé par l'acquéreur, lui permettra d'obtenir la restitution du prix qu'il aura payé.

---

## CHAPITRE II

### DES RÈGLES D'APPLICATION DE LA SUCCESSIO IN LOCUM ACCORDÉE A L'ACQUÉREUR.

#### Section I. — Conditions d'exercice de la *successio in locum*.

La subrogation, accordée à l'acquéreur par l'article 1251 2<sup>e</sup> § du Code civil, est classée parmi les hypothèses de subrogation légale. La *successio in locum* opérait-elle également de plein droit ?

Dans notre ancienne jurisprudence, cette question a été vivement discutée par les commentateurs et la discussion sur ce point s'explique d'autant mieux que nos anciens auteurs ont appliqué sans distinction aux diverses hypothèses de subrogation les règles communes de la cession forcée.

Pothier classait la subrogation au profit de l'acquéreur parmi les hypothèses de subrogation par réquisition : « Lorsque l'acquéreur, dit-il (1), n'a pas requis la subrogation, il n'y a aucune loi qui le subroge de plein droit. »

Mais il atténuait la rigueur de sa solution en accordant, en l'absence de toute stipulation, à l'acquéreur, ayant payé de ses deniers le premier créancier hypothécaire, une

(1) *Introduct. à la cout. d'Orléans*, n° 73.

exception de dol. L'acquéreur pouvait ainsi retenir l'immeuble qu'il avait acquis, jusqu'au complet remboursement de la somme qu'il avait déboursée.

Pothier invoque à l'appui de sa solution les termes des lois 17 D. 20, 4 et 3 C. 8, 19. Mais ces textes, à notre avis, ne font aucune allusion à la nécessité pour l'acquéreur de requérir la subrogation et ce n'est pas en ce sens que l'on peut interpréter l'expression de la loi 3 : « *ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores.* »

L'opinion de Pothier, sur la question qui nous occupe, est isolée dans notre ancien droit. Elle est contraire à l'opinion du plus illustre des commentateurs du droit romain dans notre ancienne jurisprudence, Cujas, qui admet en ces termes la succession de plein droit : « *Jure successisti sic interpretor* » (1), et à la doctrine la plus généralement suivie par les auteurs (2).

Notre Code civil, en admettant la subrogation légale au profit de l'acquéreur, a donc maintenu la tradition.

L'exercice de la *successio in locum* était subordonné à la réunion de plusieurs conditions essentielles :

1<sup>o</sup> Les lois 17 D. 20, 4 et 3 C. 8, 19 exigent que le prix dû par l'acquéreur soit remis aux premiers créanciers hypothécaires. Elles n'obligent pas l'acquéreur à effectuer lui-même ce paiement; il suffit que ce prix reçoive la destination qu'elles assignent.

L'acheteur avait toutefois intérêt à remettre lui-même son prix aux créanciers, car, si le vendeur ou la personne

(1) Cujas, *Parat. Comm.* lois 2 et 3 Code De his qui in pr. loc. succedunt.

(2) Renusson, *Loc. cit.* ch. 6. — Beraut, *Comment. sur la coutume de Normandie*, art. 953. — Louet, L. C. n<sup>o</sup> 38. Brodeau, *Comment. sur Louet.* — Dumoulin, (Contr. usuraires n<sup>o</sup> 47).

chargée d'opérer cette remise, manquait à sa mission, la *successio in locum* ne pouvait se produire ;

2<sup>o</sup> La loi 3 C. 8, 19 demande que l'emploi du prix ait été convenu à l'avance. L'acquéreur devra établir qu'en effectuant son paiement entre les mains des créanciers, ils s'est conformé à un accord préalable des parties. Il eut été difficile, sans cette condition, de savoir si la *successio in locum* avait eu lieu et si le paiement n'avait pas été opéré avec d'autres fonds que ceux provenant du prix de vente ;

3<sup>o</sup> Une troisième condition résulte de la nature même de la *successio in locum*. Nous avons admis, dans le chapitre précédent, que le bénéfice de la *successio in locum* n'était accordé qu'au titulaire d'un droit réel sur la chose hypothéquée. Il est donc nécessaire que le paiement ne soit effectué par l'acquéreur qu'après la tradition ; auparavant, l'acquéreur n'a aucun droit réel qui puisse bénéficier des prérogatives attachées à l'hypothèque du créancier *dimissus*.

Ces trois conditions étaient-elles seules exigées ? Le vendeur devait-il donner son consentement au paiement fait par l'acquéreur ? Les textes ne réclament pas l'approbation du vendeur. Ce silence nous paraît significatif ; la nécessité de ce consentement ne pouvait ainsi mettre l'acquéreur à la merci de son vendeur et l'exposer à être privé des avantages de la *successio in locum*.

Lorsque les conditions d'exercice de la *successio in locum* n'étaient pas réunies, l'acquéreur restait-il sans protection, s'il était contraint, pour éviter d'être déposé, de rembourser un créancier hypothécaire avec des deniers autres que ceux provenant de son prix d'acquisition ? L'acquéreur avait le droit, comme toute personne obligée à la dette, et il était tenu *propter rem*, de requérir



du créancier hypothécaire qu'il désintéressait la cession de ses actions ; c'est là une solution d'équité.

Le bénéfice de cession d'actions lui permettait de poursuivre le débiteur de la créance qu'il avait remboursée, le plus souvent, son vendeur. Mais si ce débiteur était insolvable, l'acquéreur devait-il supporter nécessairement le poids de cette insolvabilité, le bénéfice de cession d'actions pouvait-il suppléer à la *successio in locum* et permettre à l'acquéreur de repousser l'action des créanciers hypothécaires postérieurs au créancier qu'il avait désintéressé, comme la *successio in locum* lui en eût donné le droit ?

Prenons une hypothèse. L'acquéreur, croyant à la solvabilité de son vendeur, lui remet son prix d'acquisition et le charge d'employer ce prix au paiement des premiers créanciers hypothécaires, afin d'obtenir le bénéfice de la *successio in locum*. Le vendeur dissipe le prix qui lui a été confié. Pour éviter les poursuites du créancier hypothécaire, l'acquéreur, sans attendre son action, le désintéresse et paie ainsi une seconde fois son prix. Il ne peut certainement pas prétendre au bénéfice de la *successio in locum*. Les lois 17 D. 20,4 et 3 C. 8,19 exigent que le créancier ait été désintéressé avec le prix d'acquisition que, dans l'espèce, le vendeur a dissipé ; l'acquéreur aura le bénéfice de cession d'actions.

Quel sera l'effet de ce bénéfice ? Sans doute, si le vendeur est solvable, l'acquéreur sera indemnisé du second paiement qu'il aura dû effectuer.

Supposons le vendeur insolvable ; le bénéfice de cession d'actions, en transmettant à l'acquéreur les actions appartenant au créancier *dimissus*, et notamment l'action hypothécaire, lui permettra-t-il de repousser l'action des

créanciers ayant une hypothèque postérieure à celle du créancier qu'il a désintéressé ? La solution à donner à cette hypothèse diffère, à notre avis, suivant que l'on admet ou que l'on nie la possibilité pour le propriétaire d'avoir une hypothèque sur sa propre chose.

Si l'on accepte cette notion, et si l'on ne fait pas ici application du principe de la confusion, l'acquéreur, investi de toutes les actions du créancier *dimissus*, pourra, sans aucun doute, opposer l'hypothèque de ce créancier aux créanciers inférieurs en rang poursuivant leur paiement contre lui.

Les auteurs de notre ancien droit ont admis que l'acquéreur pourrait, grâce au bénéfice de cession d'actions, repousser l'action des créanciers hypothécaires postérieurs, solution logique de leur part, puisque, d'après eux, toutes les hypothèses de subrogation étaient régies par les principes de la cession forcée. Ils attribuaient ici au bénéfice de cession d'actions les avantages particuliers à la *successio in locum* (1).

Il est plus exact, croyons-nous, de refuser à l'acquéreur, dans l'espèce que nous examinons, le droit d'opposer aux créanciers postérieurs l'hypothèque du créancier qu'il a désintéressé. Cette hypothèque s'est éteinte par confusion, avec la réunion chez l'acheteur de la double qualité de propriétaire et de créancier. Aucun texte n'existe ici, comme dans les hypothèses de *successio in locum*, qui permette à l'acquéreur de paralyser par une *exceptio potioris pignoris* l'action des créanciers hypothécaires postérieurs en rang.

Si l'acquéreur, victime de la mauvaise foi de son ven-

(1) Pothier, loc. cit. n° 73. — Renusson, subr. Ch. V, § 2.

deur, éprouve ainsi un préjudice, il faut avouer qu'il a commis une faute grave, en ne veillant pas à l'accomplissement des conditions exigées pour que la *successio in locum* lui soit accordée.

La loi 12, § 1 D. 20, 4 peut être citée à l'appui de notre solution. Elle est ainsi conçue : « *Si, quoniam non restituebat rem pignoratam possessor, condemnatus ex præfatis modis litis æstimationem exsolverit, an perinde secundo creditori teneatur, ac si soluta sit pecunia priori creditori, quæritur ? Et recte puto hoc admittendum esse.* »

Nous n'invoquons pas ce texte pour soutenir que la cession d'actions ne permettait pas à l'acquéreur de repousser l'action des créanciers hypothécaires postérieurs au créancier qu'il avait désintéressé ; nous reconnaissons volontiers que cette loi ne fait pas allusion au bénéfice de cession d'actions qui, d'après l'opinion générale, n'était donné que s'il avait été requis. La loi 12, § 1, prouve simplement que l'acquéreur, dans l'hypothèse prévue, restait exposé à l'action des créanciers hypothécaires postérieurs au premier créancier désintéressé.

Dans le texte cité, Marcien suppose que le possesseur d'un objet hypothéqué ne restitue pas au premier créancier hypothécaire la chose donnée en gage ; condamné à payer la *litis æstimatio*, il désintéresse ce premier créancier. Le second créancier hypothécaire agissant contre le possesseur, le jurisconsulte admet cette action et refuse au possesseur le droit d'opposer l'*exceptio potioris pignoris* appartenant au créancier *dimissus*.

Ce texte peut être invoqué par analogie ; nous ne lui attribuerons pas une importance excessive, car, dans l'espèce qu'il prévoit, le bénéfice de cession d'actions n'a pu

être donné à l'acquéreur. Ce dernier, payant la *litis estimatio*, ne peut véritablement pas être considéré comme achetant les actions du créancier qu'il désintéresse.

La seule conclusion que nous voulions tirer de la loi 12, est l'impossibilité pour l'acquéreur, payant un créancier hypothécaire, d'éviter l'action des créanciers postérieurs, chaque fois qu'il ne peut se prévaloir de la *successio in locum*.

La subrogation légale, dans notre droit actuel, est affranchie des conditions rigoureuses auxquelles était soumis, en droit romain, l'exercice de la *successio in locum*. Chaque fois qu'un créancier hypothécaire est désintéressé par l'acheteur, ce dernier est légalement subrogé, sans qu'il y ait à considérer si l'acquéreur a employé au paiement son prix d'acquisition ou d'autres deniers.

Les règles relatives à la *successio in locum* étaient absolument restrictives et toute application de la *successio in locum* par analogie était repoussée par les jurisconsultes romains. Ainsi la *successio in locum* n'était pas donnée en dehors des hypothèses strictement prévues par les textes, elle était refusée au légataire, au fidéicommissaire, au donataire, en un mot à tout détenteur autre qu'un acquéreur à titre onéreux. Une telle restriction n'existe pas dans notre droit ; le cercle d'application de la subrogation légale y est singulièrement agrandi par la disposition de l'article 1251, 3<sup>e</sup> §, accordant la subrogation légale « à celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette avait intérêt à l'acquitter. »

En droit romain il n'existait aucune subrogation de plein droit analogue à celle de l'art. 1251 3<sup>e</sup> §.

**Section II. — De l'étendue et des effets de la *successio in locum* au profit de l'acquéreur.**

Il nous paraît certain que l'acquéreur subrogé ne succédait, au sens restreint que nous donnons à ce mot, qu'à l'hypothèque grevant l'immeuble qu'il avait acquis. Les textes qui établissent la *successio in locum* au profit de l'acquéreur paraissent bien imposer cette restriction. Les expressions des lois 17 D. 20, 4 et 3 C. 8, 19 indiquent que l'acquéreur *succedens* est protégé en sa qualité d'acquéreur et afin de conserver l'objet de son acquisition : « *eatenus tuendus est justa defensione te tueri potes.* »

Dans notre ancienne jurisprudence, on admettait généralement que la subrogation au profit de l'acquéreur ne s'étendait qu'à l'immeuble qu'il avait acquis et non aux autres immeubles hypothéqués à la créance qu'il avait remboursée. C'était l'opinion de Cujas « *in ea re*, dit-il, « *emptor potior erit omnibus creditoribus si qui sunt* » (1). Renusson admettait cette solution même dans le cas où il y avait eu convention expresse de subrogation (2).

Sous le régime de notre Code civil, on a pendant longtemps admis que l'acquéreur, payant son prix aux créanciers hypothécaires, n'obtenait la subrogation qu'en ce qui concerne l'immeuble qu'il avait acquis. Sans doute, le but principal de l'acquéreur est de se garantir contre toute menace d'éviction, et d'éviter, en cas de dépossesion, la perte de son prix ; ce but sera d'autant mieux atteint que la subrogation accordée à l'acquéreur sera plus étendue.

(1) Loc. cit. *Parat*, l. II et III, C. De his qui en loc.

(2) Loc. cit., chap. V, n° 42 et suivants.

L'effet général de toute subrogation, dans notre Code civil, est de donner au subrogé tous les droits du subrogeant, il n'existe aucune raison de restreindre ce principe lorsque le subrogé est un acquéreur.

Quels étaient les effets de la *successio in locum* accordée à l'acquéreur et quels avantages pouvait-il en retirer ?

La solution de cette question diffère, suivant la nature que l'on attribue à la *successio in locum*.

Pour ceux qui admettent que la *successio in locum* opère transmission du droit hypothécaire, l'acquéreur réunit la double qualité de propriétaire et de créancier ; il est premier créancier hypothécaire et bénéficie des prérogatives que le droit romain accorde au premier rang ; il a droit de vendre le gage, sans se préoccuper aucunement des créanciers hypothécaires postérieurs en rang, qui conservent la faculté d'exercer le *jus offerendæ pecuniæ*.

Dans cette doctrine, une difficulté se présente.

Supposons que l'acquéreur, devenu propriétaire, vende l'objet sur lequel une hypothèque existe à son profit et que le prix de cette seconde vente soit supérieur au prix d'acquisition remis au premier créancier hypothécaire. L'acquéreur conservera, sans aucun doute, sur ce prix, l'équivalent de la créance dont la subrogation l'aura rendu titulaire, mais, cette première créance payée, sera-t-il tenu de remettre le solde du prix de la revente aux créanciers hypothécaires postérieurs ? En tant que vendeur, l'acquéreur a le droit de retirer un bénéfice de la vente qu'il a consentie ; en qualité de créancier hypothécaire, il ne doit rien conserver du prix au delà du montant de sa créance. Une conciliation semble difficile entre ces deux idées. Nous estimons que la double qualité de l'acquéreur ne doit pas diminuer la protection que la *successio in locum*



lui confère ; aussi admettons-nous que la qualité de propriétaire prédominera ici et que l'acquéreur gardera la totalité du prix de la revente.

La doctrine que nous avons adoptée sur la nature de la *successio in locum* nous permet d'accorder sans hésitation à l'acquéreur, pouvant invoquer la *successio*, le droit de conserver la totalité du prix de la revente du bien qu'il a acquis. L'acheteur est ici propriétaire et, comme tel, a le droit de vendre. Qu'il existe à son profit un bénéfice spécial à opposer aux créanciers hypothécaires, là n'est pas la question ; c'est en qualité de propriétaire et non en qualité de créancier hypothécaire que l'acquéreur a vendu, il n'est pas, à notre avis, créancier hypothécaire sur sa propre chose.

Quelle sera la situation du nouvel acquéreur après la revente ? Il prendra la position qu'avait son vendeur, acquéreur primitif ; il sera, comme lui, exposé au jus *offerendæ pecuniæ* et pourra aussi, dans la mesure du prix payé par son vendeur aux créanciers hypothécaires, invoquer la *successio in locum*.

Comment l'acquéreur ayant obtenu le bénéfice de la *successio in locum* pouvait-il l'exercer ?

Si l'acquéreur était en possession, il répondait à l'action hypothécaire intentée contre lui par une *exception*, fondée sur cette circonstance qu'il devait profiter seul de la disparition de l'hypothèque appartenant au créancier auquel il avait remis son prix. Il paralysait l'action hypothécaire par cette exception « *exceptio potioris pignoris*. » Il restait aux créanciers hypothécaires postérieurs, pour continuer leurs poursuites, l'unique moyen d'exercer le jus *offerendæ pecuniæ* contre l'acquéreur qui était ainsi rendu indemne.

Si l'acquéreur n'avait pas la possession de la chose acquise, il pouvait intenter contre le possesseur, soit la revendication, soit l'action Publicienne. Et si la chose revendiquée était possédée par un créancier hypothécaire postérieur en rang, l'acquéreur brisait l'exception que ce créancier fondait sur l'existence de son droit d'hypothèque par une *réplique potioris pignoris*.

Dans les explications qui précèdent, nous avons toujours supposé que le créancier hypothécaire désintéressé par l'acquéreur était un tiers. Il convient de rapprocher de cette hypothèse celle où l'acquéreur, étant lui-même premier créancier hypothécaire de son vendeur, a compensé, au moment de la vente, le montant de sa créance avec son prix d'acquisition. Cet acquéreur aura-t-il la *successio in locum* et pourra-t-il se prévaloir, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs, du rang de l'hypothèque dont il était nanti et dont l'extinction s'est produite par la compensation qui s'est opérée entre sa créance et le prix dont il était débiteur ?

Nos anciens auteurs ont cherché à concilier leur solution avec le principe de la confusion de l'hypothèque par sa réunion à la propriété. Ils n'ont pas osé affirmer nettement, dans cette hypothèse, l'existence, au profit de l'acquéreur, d'une hypothèque sur sa propre chose, et cependant, ils ont songé à donner un moyen de recours à l'acquéreur, en cas d'éviction.

Barthole et Cujas admettaient que l'acquéreur évincé ne pouvait plus avoir l'action hypothécaire, l'hypothèque étant éteinte, et ils lui refusaient la *successio in locum*. Ils lui donnaient, en cas d'éviction, une action utile pour lui permettre de se faire indemniser (1).

(1) *Observat.* lib. 49, cap. 38.

Renusson cependant accordait à l'acquéreur l'action hypothécaire, tout en lui donnant une action utile, et il jugeait ce concours d'actions nécessaire. Sans doute, par l'action *utilis ex empto*, l'acquéreur évincé était indemnisé du montant de la créance qu'il avait contre son vendeur et des impenses faites à la chose acquise, mais l'action hypothécaire lui permettait plus sûrement d'obtenir satisfaction.

Pothier décidait que l'acquéreur, dans l'hypothèse qui nous occupe, était subrogé à lui-même (2). Il n'admettait pas ici une confusion nécessaire de l'hypothèque et de la propriété : « magis sopita quam extincta hypotheca confusione. »

Il n'existe, à notre avis, aucune raison de différence entre l'hypothèse où l'acquéreur est un tiers et celle où cet acquéreur est le premier créancier hypothécaire lui-même. Si la confusion opère extinction des droits réels, cette extinction doit se produire chaque fois que l'hypothèque se réunit à la propriété chez un même titulaire. L'acquéreur, créancier hypothécaire primitif, succédera *in locum suum*, et les créanciers hypothécaires, voulant exercer contre lui l'action hypothécaire, devront l'indemniser du montant de sa créance.

## CONCLUSION

Il nous est possible, après la comparaison que nous venons d'établir, d'affirmer que la subrogation accordée à l'acquéreur, par notre Code civil, a son origine certaine dans la *successio in locum* du Droit romain.

(2) *Traité de l'hypothèque*, chap. III, § 2.

A Rome, la subrogation existait sous la forme de deux institutions, l'une spéciale, la *successio in locum*, résultat du développement de la théorie des droits de préférence, l'autre, le bénéfice de cession d'actions, mode de recours général accordé à toute personne ayant payé pour autrui et ayant intérêt à effectuer ce paiement.

De nombreux interprètes ont pensé qu'il n'y avait pas à distinguer entre ces deux institutions et que les hypothèses, que nous avons classées parmi les cas d'application de la *successio in locum*, rentraient dans le cadre général de la cession d'actions. Nous nous empressons de reconnaître que tous les cas d'application soit du bénéfice de cession d'actions soit de la *successio in locum* ont été fondus par les rédacteurs du Code civil dans la théorie unique de la subrogation ; mais les Romains ont distingué entre ces diverses hypothèses et ne leur ont pas appliqué les mêmes règles. Cette distinction peut aisément se justifier. Tous ceux auxquels la subrogation est accordée ne sont pas au même titre dignes de protection ; un fidéjusseur contraint au paiement paie en réalité la dette d'autrui ; aussi est-il naturel que toutes les sûretés, que le créancier a jugé prudent de réunir, au moment du prêt qu'il a consenti, lui soient cédées lorsqu'il paie une dette qui ne lui a pas profitée. Le tiers acquéreur qui remet son prix au créancier ayant hypothèque sur l'immeuble qu'il a acquis, a, au contraire, intérêt à effectuer ce paiement ; en payant il fait sa propre affaire. En lui accordant le rang hypothécaire du créancier qu'il a désintéressé, le droit romain lui donne une protection suffisante. Pourquoi aurait-il les prérogatives attachées au bénéfice de cession d'actions ? Il n'a pas payé pour autrui.

Il y avait donc, entre la situation du fidéjusseur et

celle de l'acquéreur, du créancier exerçant le *jus offerendæ pecuniæ*, une nuance que les jurisconsultes romains ont parfaitement saisie. Ni les auteurs de notre ancien droit, ni les rédacteurs du Code civil ne s'en sont préoccupés ; on aurait tort d'en conclure que les Romains n'ont connu que le bénéfice de cession d'actions.

Les jurisconsultes romains se sont toujours attachés à donner des solutions équitables aux espèces nombreuses que présentait la pratique des affaires, plutôt qu'à relier par la synthèse ces solutions entre elles, au point de vue des principes communs dont elles demandaient l'application. Dès lors ne soyons pas surpris de voir, à Rome, se développer côte à côte deux institutions que nous trouvons unifiées dans notre Code.

Les Glossateurs et les jurisconsultes de notre ancien droit ont confondu les deux institutions connues des Romains, nous ne sommes nullement tenté d'élever une critique ; nous pensons au contraire qu'il y a beaucoup à dire pour la justification de nos vieux auteurs. Après Justinien et pendant plusieurs siècles, les études juridiques subirent un temps d'arrêt et toute recherche scientifique cessa. Ce n'est qu'au XII<sup>e</sup> siècle que le droit romain fut, dans les grandes écoles de l'Italie, l'objet de nouvelles études. De l'Italie, le goût des recherches juridiques passa en France où les Glossateurs furent les premiers propagateurs des doctrines romaines. Mais les romanistes de notre ancien droit eurent-ils des documents assez nombreux et assez précis pour étudier le Droit romain avec fruit ? Quelques lois, jetées pêle-mêle dans la collection de Tribonien, furent les seules dispositions du Droit romain livrées à leurs méditations ; on ne peut vraiment pas les blâmer de n'avoir pas commenté avec exactitude des textes qui ne leur sont pas parvenus intacts.

Les auteurs de notre ancienne jurisprudence ont eu le mérite de créer, avec les données éparses des textes romains, une théorie de la subrogation que notre Code civil a maintenue dans ses grandes lignes; c'est là le plus grand éloge qui puisse être fait de leurs travaux.

---





## DEUXIÈME PARTIE

### DE L'HYPOTHÈQUE AU PROFIT DU PROPRIÉTAIRE SUR SA PROPRE CHOSE

---

#### I. — Observation générale.

Nous nous proposons de généraliser, dans cette seconde partie, la question dont nous avons, avec la *successio in locum*, étudié la principale application et de nous demander si le Droit Romain a admis l'existence au profit du propriétaire d'une hypothèque sur sa propre chose.

On dit habituellement que le droit de propriété et le droit d'hypothèque sont incompatibles et la question, que nous avons posée, paraît contraire à la fois au but de l'hypothèque et à la nature du droit de propriété.

Un créancier se fait concéder une hypothèque par son débiteur, afin d'obtenir son paiement sur le prix de la chose hypothéquée ; on ne conçoit pas comment il pourra être payé sur le prix d'une chose qui est dans son patrimoine.

Le droit de propriété procure à son titulaire tous les avantages qu'est susceptible de lui fournir la chose sur laquelle il s'exerce, et, on ne voit pas quelle sera pour lui l'utilité d'une hypothèque existant à son profit sur son propre bien.

Sans doute, des restrictions peuvent être apportées au droit du propriétaire par l'existence de droits réels accessoires : usufruit, servitudes, hypothèques, qui peuvent limiter, dans une mesure plus ou moins large, son droit de disposition. Mais ces restrictions ne se conçoivent que si elles existent au profit de personnes étrangères ; le droit de propriété ne peut être restreint au profit du propriétaire lui-même. L'hypothèque, dont il pourrait se prévaloir, ne saurait rien ajouter au droit absolu qui lui appartient.

Ces notions, dont l'exactitude semble évidente, ont cependant trouvé de savants contradicteurs. Une thèse, adoptée en Allemagne par de nombreux commentateurs, admet que le droit d'hypothèque peut être réuni au droit de propriété, sans se confondre avec lui et peut avoir à côté de ce dernier droit, une existence propre et indépendante.

Si les auteurs, qui se sont attachés à développer cette idée, s'étaient bornés à justifier ainsi les décisions de certains textes dont nous aborderons plus loin l'examen, leur opinion n'aurait pas le caractère d'une véritable doctrine juridique. Mais ils n'ont pas voulu seulement prétendre que le Droit romain avait, dans certaines hypothèses, et par mesure d'équité, fait exception au principe de l'extinction de l'hypothèque par confusion après sa réunion au droit de propriété, ils ont élevé à la hauteur d'un dogme ce qu'ils ont appelé : le principe de l'*indépendance absolue de l'hypothèque* (1).

(1) Cette thèse a été récemment soutenue par Kuhlmann, *Die Hypothek des Eigenthümers nach den Grundsätzen des heutigen römischen rechts*, et par Hartmann, *Rechte an eigener Sache, Untersuchungen über die Lehre von Eigenthumsrecht*.

Comp. Von Wenning-Ingenheim, *Das Pfandrecht an eigener Sache*.

Quel sens ont-ils donné à cette expression? Voici les idées que ces mots sous-entendent: Le droit d'hypothèque n'est pas, comme on le croit, un démembrement du droit du propriétaire. D'autre part, bien qu'il n'y ait pas de droit hypothécaire sans une créance à laquelle ce droit se rattache, l'hypothèque n'est pas cependant un simple accessoire d'une créance, elle peut avoir une existence et une efficacité propres (1). Dès lors, la confusion n'est pas un mode d'extinction de l'hypothèque.

Nous nous dispenserons de reproduire les idées généralement abstraites que nous avons rencontrées chez les auteurs allemands, qui ont cherché à établir la doctrine « de l'indépendance absolue de l'hypothèque. » De nombreuses considérations sur le but de l'hypothèque, des comparaisons souvent subtiles et des définitions, dont la véritable portée nous a parfois échappé, sont les seuls arguments qu'en dehors des textes les partisans de l'indépendance de l'hypothèque aient invoqués. Plaçons donc la discussion sur son véritable terrain. Nous sommes persuadé qu'une théorie de droit romain, si nouvelle qu'elle paraisse, ne

*Archiv für civilistische Praxis*, Band, VI, p. 134-150. — Gedult von Jungfeld, *Ueber das Pfandrecht an eigener Sache*. — Fritz, *Erläuterungen u. s. f. zu von Wenning-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, p. 545-547. — Puchta, *Cursus der Institutionen*, 8 Auflage 1875 und *Pandecten*, 12. Auflage 1877. — Sintenis, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, p. 96-113. — Dernburg (loc. cit.). — Arnts, *Lehrbuch der Pandecten*. — Windscheid, *Lehrbuch der Pandectenrechts*. — Vangerow, *Lehrbuch der Pandecten*. — Glück, *Commentar*, Band 18. — Bachofen, *Das römische Pfandrecht*, p. 84-86. — Buchka, *Die Hypothek des Eigenthümers nach den neuesten Deutschen Gesetzgebungen und in ihrem Verhältniss zum römischen Recht*. — Brinz, Band XVIII, p. 204-210, *Rec. über die Schrift von Buchka*. — Regelsberger, *Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart*, Band, V, p. 1-37. Francke, *Civilistische Abhandlungen*, p. 107-128.

(1) Kuhlmann, loc. cit., p. 7 et 29.

peut trouver une base sérieuse que dans les œuvres des jurisconsultes. Abordons dès maintenant l'étude des textes cités à l'appui de la doctrine de l'indépendance absolue de l'hypothèque et de l'idée qu'un propriétaire peut avoir une hypothèque sur sa propre chose, sans qu'aucune confusion se produise.

## II. — Etude des textes.

On a prétendu que le droit hypothécaire était réuni au droit de propriété, sans qu'il y ait confusion, dans diverses hypothèses dans lesquelles les jurisconsultes romains ont accordé à certains créanciers dignes de protection une *utilis actio in rem*.

L'examen de ces hypothèses fournirait à lui seul la matière d'une longue étude. Dans le cadre restreint que nous nous sommes tracé, nous ne pouvons leur consacrer de longs développements; nous nous demanderons seulement si ces diverses hypothèses nous fournissent des exemples de la réunion du droit d'hypothèque et du droit de propriété au service d'une même personne.

On a admis que le droit hypothécaire et le droit de propriété appartenaient au pupille sur les choses que le tuteur avait achetées avec son argent (1).

Cette hypothèse est prévue par la loi 2 D. *Quando ex facto tutoris* 26,9, dont on rapproche habituellement la constitution 3 C. *Arbitrium tutelæ* 5,51 :

L 2. « *Si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit,*

(1) Bachofen, Loc cit., p. 94. — Von Wening Ingenheim, Loc. cit., p. 150.

*vel prædia in nomen suum emerit: utilis actio ei, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam. »*

C. 3 « *Si curator post decretum presidis, sublata pecunia quæ ad comparisonem possessionis fuerat deposita, sibi prædium comparavit: elige, utrum malis in emptione negotium tibi cum gessisse, an quia in usus suos pecuniæ conversæ sunt, legitimas usuras ab eo accipere: secundum quæ iudex tutelæ iudicio redditus, partem religionis implebit. »*

D'après l'opinion la plus généralement admise, ces textes prévoient le cas d'un tuteur ayant traité, soit en son nom, soit au nom du pupille (1), et ils reconnaissent l'existence au profit du mineur d'une utilis actio in rem.

Cette action est donnée au pupille pour lui permettre d'obtenir la possession de la chose acquise par son tuteur. On a prétendu que cette action était fondée sur l'existence au profit du pupille d'un droit de propriété. Cette justification est acceptée par de nombreux auteurs allemands (2).

Elle a été également admise par les Glossateurs. Bartole, dans son commentaire de la loi 2 D. 26,9, décide que si le tuteur fait une acquisition avec l'argent du pupille, ce dernier est propriétaire. C'est un principe certain, en droit romain, que la chose achetée avec l'argent d'autrui appartient à l'acheteur et non au propriétaire de l'argent (3). De ce que, dans certaines hypothèses exceptionnelles, on a permis au créancier de se considérer comme propriétaire

(1) Drey, *Die utilis actio ad rem vindicandam des Pflēglings*. — Comp. Düring, *De l'action réelle utile*. Thèse de doctorat, Lyon 1887.

(2) Gluck, *Comm.* 8, p. 160. — Vinscheid, *Pandekten*, p. 223. Puchta, *Pandekten* 1. § 174, p. 9.

(3) Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, p. 423.



de l'objet acquis avec ses deniers, nous ne devons pas en conclure qu'un tel créancier est réellement propriétaire. En donnant ici une utilis actio in rem au pupille, les jurisconsultes romains ont imaginé une fiction, ils ont voulu mettre leur solution d'accord avec les principes, ils ont supposé l'existence au profit du pupille d'un droit de propriété. La nature même de l'action utile prouve que le créancier, le pupille, n'était pas propriétaire. S'il avait eu cette qualité, c'est par l'action directe et non par l'action utile qu'il eût été protégé.

L'action utile accordée par les textes n'est pas fondée sur le droit de propriété du mineur et nous ne reconnaissons pas ici au pupille la double qualité de propriétaire et de créancier.

Pour un autre motif, l'autorité du texte que nous avons cité peut être contestée, au point de vue de la question spéciale qui nous intéresse : alors même que l'on justifierait l'action utile accordée au pupille par l'existence à son profit d'un droit de propriété, il est impossible de lui attribuer à la fois un droit de propriété et un droit de créance, il a seulement l'alternative de se dire propriétaire ou créancier, mais ces deux qualités ne lui appartiennent pas simultanément, il ne peut invoquer que l'une d'elles. Le texte de la loi 2 D. 26,9, *in fine*, est formel en ce sens.

On pourrait assimiler à l'hypothèse concernant le pupille l'espèce prévue par la loi 8 C. de *reivend* 3, 32. « *Si, ut proponis, pars adversa pecunia tua quædam nomine suo comparavit, præses provinciæ utilem vindicationem obtentu militiæ, tibi eo nomine impertiri desideranti, partes æquitatis non negabit. Idem mandati quoque seu negotiorum gestorum actionem inferenti tibi jurisdictionem præbebit.* »

On a soutenu que, dans cette hypothèse comme dans les espèces prévues par les lois 2 D. 26,9 et 3 C. 5,51, l'action utile accordée au soldat était fondée sur le droit de propriété dont il était nanti. En admettant même que le soldat ait eu la propriété de l'objet acquis de ses deniers, il n'aurait pas eu à la fois la qualité de créancier hypothécaire et de propriétaire; il aurait eu seulement le droit, au moment où il exerçait son action, de choisir entre ces deux qualités.

Citons un dernier cas d'application de l'action réelle utile, qui, pour certains auteurs, fournit un nouvel exemple de la coexistence, chez un même titulaire, du droit hypothécaire et du droit de propriété (1).

L'actio utilis était accordée à la femme mariée, dans les hypothèses suivantes :

1<sup>o</sup> Lorsque le mari avait acheté un objet avec une somme qui lui avait été donnée par sa femme (L. 55 *de don inter vir. et ux.* 24, 1).

2<sup>o</sup> Lorsqu'il avait fait une acquisition avec des deniers dotaux (L. 54 D. *De jure dot* 23, 3).

3<sup>o</sup> Lorsqu'après la dissolution du mariage la femme demandait la restitution des biens dotaux (L. 30 C. *De jure dot* 5, 12).

Nous ne discuterons pas longuement sur ces trois hypothèses. La femme, dans les espèces prévues par ces textes, n'a pu être à la fois propriétaire et créancière. Elle n'a, comme le pupille et le soldat, qu'un droit alternatif.

Doit-on d'ailleurs reconnaître à la femme dotale un droit de propriété sur ses biens dotaux? Quelques interprètes du droit romain seulement l'ont affirmé (2).

(1) V. Wening et Bachofen, loc. cit. — Cf. Vangerow, loc. cit. I, p. 651 sub. c.

(2) Donneau. — (*De jur. civ.* lib. 19 C. 4 § 10) décide que la femme

Ils invoquent, pour soutenir que la femme est propriétaire, les termes de la loi 30 C. 5, 12 : « *in rem actionem in hujus modi rebus quasi propriis habere*, » La comparaison de ce texte et du *præmium* du titre 8 du livre II des Institutes, où Justinien déclare que le mari ne peut, sans le consentement de la femme, aliéner le fonds dotal « *quamvis ipsius sit* » permet de croire que la femme, à l'époque de Justinien, n'était propriétaire d'aucune partie des biens dotaux. Le titre 8 des Institutes et la loi 30 C. 5, 12 ont été rédigés par Justinien en 529 et en 533 et on a peine à admettre que ces deux textes contiennent deux solutions contraires.

L'existence au profit de la femme d'un droit de propriété sur les choses dotales peut donc être sérieusement contestée.

Une dernière hypothèse doit être citée pour compléter cette énumération.

Par la Constitution I. C. *Communia de legatis* 6, 43. Justinien, s'inspirant de l'idée du S. C. Néronien et de la jurisprudence qui l'avait suivie, accorda à tout légataire, quelle que fut la forme de son legs, le choix entre la reivindicatio, l'action personnelle et l'action hypothécaire. Dès lors le légataire put se dire à la fois propriétaire et créancier, d'où l'on a cru pouvoir citer cette hypothèse comme fournissant un exemple de la réunion de l'hypothèque et de la propriété chez une même personne (1).

est propriétaire des choses comprises dans la dot et qui n'ont pas été estimées.

Glück. — (*Comm.* 25 p. 143) prétend que la femme conservait un droit de propriété sur les biens immobiliers non estimés et admet que si le mari avait, pendant le mariage, la propriété effective des biens dotaux, la femme n'en conservait pas moins une sorte de propriété naturelle.

(1) Jungendfeld, loc. cit. p. 50.

Pour donner au légataire la garantie d'une hypothèque, Justinien a dû le considérer comme créancier, car, l'hypothèque ne peut exister que si elle est l'accessoire d'un droit de créance. C'est par une fiction, que dans la loi 1 C. 6, 43, Justinien a considéré le légataire comme créancier « car, dit M. Accarias, l'hypothèque, à l'appui comme accessoire d'un droit de propriété, est chose inconcevable (1). »

Au point de vue qui nous intéresse, l'autorité de ce texte peut être récusée. Le légataire, pour obtenir son legs, peut se considérer, à son choix, comme propriétaire ou comme créancier ; mais il n'a qu'un droit alternatif et ne réunit pas la double qualité que certains interprètes lui ont attribuée.

Quelques commentateurs du droit romain ont prétendu rencontrer dans la disposition de la loi 6, § 2 C. *De secundis nuptiis* 5, 9, une hypothèse fournissant un exemple de la coexistence au profit d'une même personne d'un droit de propriété et d'un droit hypothécaire (2).

Voici dans quelle circonstance cette loi a été édictée :

Les empereurs chrétiens, qui voyaient avec défaveur les seconds mariages, promulguèrent en 383, par mesure de protection pour les enfants d'un premier lit, la loi 3 C. *De sec. nupt.* 5, 9, connue sous le nom de loi *Feminae quæ*. Par cette constitution, Théodose et Valentinien décidèrent que la femme, qui avait des enfants d'un premier mariage et qui en contractait un second, devait leur transmettre tous les avantages qu'elle avait reçus de leur père, à quelque titre que ce fut : par donation ante nuptias ou

(1) Loc. cit. t. I, n° 380 3<sup>re</sup> édit. p. 961.

(2) V. Wening Ingenheim, Loc. cit. p. 150. — Bachofen, Loc. cit. p. 94.

par disposition de dernière volonté; ces avantages étaient désignés par l'expression : *lucra nuptialia*.

Pour assurer aux enfants la restitution des *lucra nuptialia*, l'empereur Léon, par la constitution que nous retrouvons au Code dans la loi 6 § 2 *De sec. nupt.* 5, 9, leur accorda une hypothèque légale générale sur tous les biens de leur mère.

Enfin la Nouvelle 2, en 535, attribua aux enfants la nue propriété des *lucra nuptialia* et en réserva la jouissance à la mère.

On a soutenu que les enfants du premier mariage avaient sur les *lucra nuptialia* à la fois un droit de propriété et un droit d'hypothèque.

Cette assertion nous paraît inexacte. L'hypothèque, au profit des enfants du premier mariage et conférée pour assurer la restitution des *lucra nuptialia*, ne pouvait frapper que les biens qui se trouvaient dans le patrimoine de la mère. Or les *lucra nuptialia*, lorsque la propriété en fut attribuée aux enfants, cessèrent de faire partie de ce patrimoine. Dès lors, quel effet l'hypothèque appartenant aux enfants pouvait-elle avoir sur des biens dont la nue propriété leur appartenait ?

Plusieurs des commentateurs, qui ont envisagé la possibilité pour le propriétaire d'avoir une hypothèque sur sa propre chose, ont volontiers passé sous silence l'hypothèque qui nous occupe et nous croyons aussi que c'était là le meilleur parti à en tirer.

Kulmann admet que tout ce qui, dans le patrimoine des parents, est susceptible d'hypothèque doit être grevé par l'hypothèque légale des enfants du premier mariage, et, comme l'usufruit des *lucra nuptialia* appartient à la mère, cet usufruit sera grevé d'hypothèque. Mais, peut-on lui

objecter, comment cet usufruit pourra-t-il pratiquement servir de gage aux enfants du premier mariage ? Les enfants ne pourront exercer leur droit d'hypothèque qu'au moment de la restitution des *lucra nuptialia*, c'est-à-dire lors de la cessation de l'usufruit qui profitait à leur mère, lorsque cet usufruit, qui était leur gage, s'éteindra. Comment alors parler d'un gage qui ne sera réalisable qu'au moment où il aura disparu (1) ?

C'est à tort, à notre avis, que l'on a donné place, dans l'étude qui nous occupe, à l'hypothèse de la loi 6 § 2, C. 5, 9.

Arrivons à l'examen d'un texte plus probant.

La loi 30 § 1 D. *de exceptione rei judicatæ*, 44, 2, a, au point de vue de la confusion du droit d'hypothèque et de la propriété, une importance incontestable, qui nous oblige à en reproduire le texte en entier, malgré son étendue :

*Latinus Largus: Cum de hereditate inter Mævium, ad quem pertinebat, et Titium qui controversiam moverat, transigeretur, traditio rerum hereditarium Mævio heredi a Titio facta est; in qua traditione etiam fundum ei suum proprium, quem ante multos annos avo ejusdem Mævii heredis obligaverat, quemque alii postea in obligationem deduxerat, ex causa pacti tradidit; his gestis posterior Titii creditor jus suum persecutus est, et obtinuit; post hoc judicium Mævius heres reperit in rebus avitis chirographum ejusdem Titii ante multos annos conscriptum, per quod apparuit, eum fundum, qui in causam transactionis venerat, etiam avo suo ab eodem Titio fuisse obligatum: cum ergo constet, prius avo Mævii heredis*

(1) Loc. cit. p. 64.



*in obligationem eundem fundum datum, de quo Mævius superatus est, quæro, an jus avi sui, quod tunc, cum de eodem fundo ageretur, ignorabat, nulla exceptione opposita exsequi possit? Respondi, si de proprietate fundi litigatur, et secundum actorem pronunciatum fuisset, diceremus, petenti ei, qui in priore judicio victus est, obstaturam rei judicatæ exceptionem: quoniam de ejus quoque jure quæsitum videtur, cum actor petitionem implet; quod si possessor absolutus, amissa possessione eundem ab eodem, qui prius non obtinuit, peteret, non obsessus ei exceptio: nihil enim in suo judicio de jure ejus statutum videretur. Cum autem pignoratitia actum est adversus priorem creditorem, potest fieri, ut de jure possessoris non sit quæsitum: quia non, ut in proprietatis quæstione, quod meum est, alterius non est, ita in obligatione utique consequens est, ut non sit alii obligatum, quod hic probabit sibi teneri; et probabilius dicitur, non obstare exceptionem: quoniam de jure possessoris quæsitum non est, sed de sola obligatione. In proposita autem quæstione magis me illud movet, numquid pignoris jus extinctum sit dominio adquisito; neque enim potest pignus perserverare domino constituto creditore; actio tamen pignoratitia competit; verum est enim, et pignori datum, et satisfactum non esse: quare puto non obstare rei judicatæ exceptionem.*

Paul, dans ce texte, suppose l'hypothèse suivante: Titius, véritable héritier, transige avec Mævius, prétendant à la succession, et lui remet, à titre de transaction, divers objets dépendant de l'hérédité et un fonds dont il est personnellement propriétaire. Ce fonds a été précédemment

hypothéqué à l'aïeul de Mœvius et à un second créancier; Mœvius ignore l'existence de ces hypothèques. La transaction intervenue, le second créancier hypothécaire intente l'action Servienne contre Mœvius qui, ne sachant pas qu'il peut se prévaloir d'une hypothèque antérieure, succombe. Mœvius découvre ensuite, dans les titres de la succession, un document qui lui indique l'existence de l'hypothèque conférée depuis longtemps à son aïeul, dont il est le représentant. Pourra-t-il actionner Titius en basant son action sur l'existence à son profit d'un droit hypothécaire ?

Cette situation fait naître dans l'esprit du jurisconsulte deux questions :

Le créancier hypothécaire ayant triomphé de Mœvius pourra-t-il repousser l'action de ce dernier par l'*exceptio rei judicatæ* ? Paul n'hésite pas à accorder cette exception, et il en donne la raison très-plausible, que, dans le procès engagé entre Mœvius et le second créancier hypothécaire, Mœvius n'a opposé que son droit de propriété ; mais le droit d'hypothèque qu'il pouvait, à son insu, faire valoir, n'a pas été déduit en justice ; dès lors ce dernier droit est resté intact : il n'y a pas eu à cet égard chose jugée.

La seconde question dont Paul se préoccupe, et c'est même, de son propre aveu, le point qui lui paraît le plus délicat, est celle de savoir si le droit hypothécaire de Mœvius ne s'est pas éteint par suite de sa réunion avec le droit de propriété. Paul, sans justifier longuement sa solution, décide que l'action hypothécaire sera accordée.

Cette décision a suscité plusieurs controverses. Examinons les principales interprétations qui en ont été données.

Les premiers interprètes du droit romain, les Glossa-

teurs, reconnaissaient que la solution de Paul est étrange; ils en donnaient l'explication suivante: il n'y a pas eu transfert de propriété à Mœvius et la vente a été viciée par une erreur sur la *causa traditionis*. C'est à tort, d'après les Glossateurs, que l'on a cru rencontrer dans la loi 30 la réunion chez une même personne du droit de propriété et du droit d'hypothèque.

Si, telle a été la solution que le jurisconsulte a voulu établir, on ne comprend guère les scrupules que lui inspire l'examen de l'espèce prévue dans la loi 30. La seule lecture de ce texte démontre que Paul n'a pas voulu émettre un avis sur la validité de la transmission de la propriété; sur ce point, le jurisconsulte n'élève aucun doute, c'est du moins ce qui résulte des mots: « *numquid pignoris jus extinctum sit dominio acquisito.* » Il est permis de penser que les Glossateurs n'ont pas vu, sous son véritable aspect, la question posée dans la loi 30.

L'explication de cette loi est difficile pour les auteurs qui admettent la possibilité pour un propriétaire d'avoir une hypothèque sur sa propre chose, car Paul indique nettement que, dans l'espèce prévue par ce texte, l'hypothèque n'a pas survécu à la propriété: « *neque enim potest pignus perseverare domino constituto creditore.* » Et cependant l'action hypothécaire est donnée!

L'un des partisans les plus convaincus de la doctrine nouvelle de l'hypothèque-propriété, Kulmann, tente une justification de la décision de Paul (1). Pour lui, l'action hypothécaire ne peut exister que si l'hypothèque elle-même existe. Aussi la décision de Paul, si on la prend à la lettre, lui semble paradoxale et, pour la justifier, Kul-

(1) loc. cit. p. 45.

mann décide que, dans la loi 30, il ne doit pas s'agir d'une hypothèque mais d'un gage. Pour démontrer cette assertion, le commentateur allemand observe que Paul insiste, dans son exposé, sur la tradition du fonds. Il y a donc eu, d'après Kulmann, constitution de gage, tradition au créancier et le débiteur, conformément à l'usage, a obtenu la remise, à titre de précaire de l'objet engagé; l'hypothèque étant ainsi établie, pourquoi l'action hypothécaire est-elle donnée? Parce que l'hypothèque, toujours comprise dans le gage, existe encore, elle a survécu à l'extinction du gage.

Rien ne prouve, à notre avis, que dans la loi 30, Paul admette qu'il y a eu gage et non hypothèque. De plus le jurisconsulte ne nous semble pas du tout insister sur la tradition du fonds. Kulmann complique l'hypothèse en décidant qu'il y a eu concession de l'objet à titre de précaire; c'est là, croyons-nous, une simple supposition du commentateur et le jurisconsulte ne fait aucune allusion à ce rapport de droit.

Nous ajouterons que le mot *pignus* est souvent employé par les jurisconsultes romains pour désigner l'hypothèque. Après l'admission de l'hypothèque à Rome, l'expression *pignus*, par laquelle on caractérisait la sûreté réelle générale, a toujours été employée sans distinction pour désigner soit le gage soit l'hypothèque. Dans l'espèce de la loi 30, il s'agit d'un fundus et il est probable que le mot *pignus* indique une constitution d'hypothèque, l'hypothèque étant, lorsqu'il s'agit d'immeubles, beaucoup plus fréquente que le gage.

La solution de Paul est, pour Dernburg (1), absolument

(1) loc. cit., t. II, p. 272.

correcte. Ce savant romaniste rejette formellement l'idée de la survie du droit hypothécaire à l'acquisition de la propriété. Il n'y a pas d'anomalie entre l'extinction de l'hypothèque et l'exercice de l'action hypothécaire. Cette action est une *actio in factum*, qui suppose avant tout, pour déterminer une condamnation, qu'un paiement n'est pas intervenu. Or, dans la loi 30, les conditions d'exercice de cette action sont réunies, le créancier n'a reçu aucune satisfaction. Cette explication qui, d'après Dernburg, était celle des Basiliques, est d'accord avec la lettre même du texte de la loi 30.

Ainsi l'action hypothécaire peut encore être exercée par Mœvius, bien que le droit hypothécaire soit éteint. C'est sans aucune restriction que Dernburg accorde l'action hypothécaire et cet auteur trouve rigoureuse l'opinion d'autres commentateurs qui exigent, pour accorder cette action, qu'au moment du transfert de propriété, l'acquéreur n'ait pas eu connaissance de ses droits hypothécaires (1). Pour Dernburg, la solution de la loi 30 doit s'appliquer, que l'acquéreur ait ou n'ait pas connu, avant le transfert de la propriété, l'existence d'une hypothèque à son profit.

Peut-être convient-il d'être plus exigeant que le savant auteur allemand. N'oublions pas que la loi 30 contient une solution toute d'équité, en désaccord avec les principes rigoureux du droit et basée sur la formule de l'action hypothécaire. Le jurisconsulte Paul, à notre avis, suppose, dans la loi 30, que Mœvius a ignoré le droit hypothécaire dont il pouvait se prévaloir.

La solution de Paul se justifie donc par l'équité ; n'est-

(1) Francke, loc. cit. 460.

ce pas sur ce motif que sont basées les nombreuses dérogations apportées aux principes stricts du droit romain ? La décision de la loi 30 ne respecte pas, il est vrai, le principe de l'extinction de l'hypothèque par confusion, mais n'y a-t-il aucune bonne raison à invoquer pour justifier cette exception ? Que demande en effet le créancier lorsqu'il exerce l'action hypothécaire ? Il poursuit le remboursement de sa créance ou réclame la détention de l'objet qui lui a été hypothéqué. Le principe de l'extinction de l'hypothèque par confusion ne peut lui être opposé que si l'équité n'en reçoit aucune atteinte. Dans l'espèce prévue par la loi 30, il y a eu dette contractée, l'équité demande que, tant que le paiement n'a pas été effectué ou tant qu'il n'a pas été donné satisfaction au créancier, quels que soient d'ailleurs les rapports nouveaux qui existent entre le créancier et le débiteur, la dette subsiste et avec elle l'action garantissant le paiement. C'est cette idée de justice que la solution de la loi 30 a voulu consacrer. Paul indique ce motif en terminant : « *Verum est enim et pignoris datum et satisfactum non esse.* »

Nous trouvons dans la décision de Paul un exemple de tendance très-caractérisée des jurisconsultes romains à faire fléchir les principes rigoureux du droit devant les nécessités de la pratique et à mettre leurs décisions en harmonie avec les règles de l'équité. Nous rencontrons, en droit romain, de nombreux exemples analogues : les fictions de toute nature supposées par les jurisconsultes et permettant l'application d'une règle de droit en dehors des cas spéciaux qu'elle a mission de sanctionner, les actions utiles et les nombreuses transformations de la formule.

Un autre texte de Paul, la loi 59 pr. D. *Ad SC. Trebellianum* 36, 1, contient une solution analogue à celle de la loi 30 D. 41, 2.



La loi 59 est ainsi conçue : « *Debitor sub pignore, creditorem heredem instituit, eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae id est, testatoris : cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu 'prætoris adiit et restituit : cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi, jure dominii id possidere. Respondi : Aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor actor, idemque heres, rem, sive non possidet (1) : videamus de effectu rei ; et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest : neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio : neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur ; quod eveniret, si nullum pignus intercessisset ; possidet enim eam rem quasi creditor, sed etsi fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit : verum est enim non esse solutam pecuniam : quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. »*

Un créancier hypothécaire a été institué héritier par son débiteur à la condition de restituer l'héritage à la fille du testateur. La succession lui paraissant peu avantageuse, le créancier, héritier constitué, ne fait adition que

(1) Plusieurs commentateurs ont signalé dans ce texte une erreur du copiste. Le mot *actor* devrait, à leur avis, être remplacé par le mot *coactus* et le texte devrait être lu : *atquin sive possidet creditor, coactus idem heres (Cujas.. ad hanc legem — Von Wening Ingenheim. loc. cit).* Le texte est en effet difficilement explicable avec le mot *actor*. Le fiduciaire, dans l'espèce de la loi 59, ne peut être demandeur. Cf. *Dernburg* (loc. cit. t. I, p. 568, note 9.)

sur l'ordre du prêteur, puis restitue les objets héréditaires. Le droit hypothécaire du créancier sera-t-il éteint par confusion, par suite de la réunion entre ses mains du droit d'hypothèque et du droit de propriété? Paul décide, dans la loi 59, que le droit hypothécaire du créancier fiduciaire ne s'est pas éteint à raison de la double qualité de propriétaire et de créancier dont il est devenu titulaire.

Comment le créancier, dont l'hypothèque subsiste, exercera-t-il le droit hypothécaire qui lui appartient? Deux situations doivent être distinguées :

Si le créancier possède, il aura le droit de rétention et le fidéicommissaire n'aura aucune action contre lui ; l'*actio pigneratitia* ne lui sera pas donnée et il n'aura pas l'*actio fideicommissaria*, car le créancier ne possède pas comme fiduciaire mais comme créancier.

Si le créancier n'est pas en possession, Paul lui accorde formellement l'action hypothécaire.

Comment justifier la décision du jurisconsulte? Dans l'hypothèse prévue par le texte, le créancier, l'héritier fiduciaire, n'a pas une véritable vocation héréditaire, il n'a aucun droit de disposition sur la fortune du testateur ; sa possession ne doit lui causer aucun préjudice et ne lui procurer aucun gain. En entrant en possession de l'hérédité, sur l'ordre du prêteur, le fiduciaire a accompli une simple formalité.

Francke et Sintenis ont admis qu'après la restitution de l'hérédité, les droits dont l'institué pouvait se prévaloir, avant l'ouverture de la succession, lui étaient restitués.

Après la restitution, la situation antérieure au décès du testateur, débiteur hypothécaire, est rétablie ; il n'y a plus aucun conflit entre la propriété et le droit d'hypothèque.

Une comparaison intéressante peut être faite entre la solution de la loi 59 et celle de la loi 73 § 1, D. *cod. tit.* 36, 1, qui statue sur la confusion, en cas de fidéicommis d'hérédité, des servitudes existant au profit du fonds du défunt sur celui de l'héritier institué. D'après la loi 73 § 1, ces servitudes sont réputées ne s'être pas éteintes, mais les auteurs admettent généralement, en se basant sur la solution donnée par la loi 18 D. *De servitutibus* 8, 1, qu'il y avait, par suite de l'adition d'hérédité, extinction des servitudes par confusion et que la restitution de l'hérédité opérait le rétablissement de l'état antérieur. La confusion opérerait donc une extinction momentanée des servitudes, elle n'avait ainsi qu'un effet provisoire. Pouvons-nous attribuer un semblable effet à la confusion que produit la réunion chez une même personne du droit d'hypothèque et du droit de propriété? Un auteur allemand, Bruns, établit une distinction, au point de vue de la confusion, entre la réunion au droit de propriété des servitudes d'une part, de l'hypothèque de l'autre : « Les servitudes revivent, dit-il, les droits hypothécaires subsistent par eux-mêmes » (1).

Sans chercher à analyser ici la nature de la confusion, nous admettrons l'idée de Bruns : le droit d'hypothèque ne s'éteint pas irrévocablement lorsqu'il est réuni à la propriété. L'extinction ne s'opère que si elle n'entraîne la perte d'aucun droit, en d'autres termes, elle ne doit léser aucun intérêt.

Cette idée d'équité que nous avons signalée en commentant la loi 30 § 1 D 44, 2 nous la rencontrons encore justifiant la solution de la loi 59 pr. C. 36, 1. Dans

(1) Bruns, d'après Kulmann, loc. cit., p. 57.

cette loi, Paul donne au créancier une action hypothécaire, malgré la confusion de l'hypothèque qui a dû rigoureusement se produire. Le jurisconsulte atténue ici les effets de la confusion. L'hypothèque est une institution prétorienne, l'action hypothécaire est *in factum*. Le motif de Paul, en accordant l'action hypothécaire, est le suivant : On ne peut avoir une hypothèque sur sa propre chose, mais l'action hypothécaire est *in factum* et la formule même de cette action commande au juge de condamner, s'il reconnaît que le paiement n'a pas eu lieu ou que le créancier n'a reçu aucune satisfaction pouvant lui tenir lieu de paiement. Il est équitable, dans l'hypothèse de la loi 59, d'accorder au créancier non payé l'action hypothécaire.

Les auteurs, qui soutiennent que la réunion chez une même personne du droit d'hypothèque et du droit de propriété n'entraîne pas l'extinction de l'hypothèque par confusion, croient rencontrer, dans la loi 59, un argument décisif en faveur de leur doctrine. L'un d'entre eux, Kuhlmann, admet que dans l'espèce prévue par cette loi, le fiduciaire, tant que la restitution de l'hérédité n'est pas opérée, est à la fois propriétaire et créancier hypothécaire ; le commentateur trouve même dans les mots « *posidet quasi creditor* » l'indication que le fiduciaire a sur l'objet hypothéqué des droits plus étendus que ceux résultant de la *nuda proprietas*, et il signale, dans la loi 59, une preuve « de l'indépendance de l'hypothèque, et de son efficacité propre ». L'hypothèque, dans l'espèce prévue par ce texte, a l'effet important de permettre, à elle seule, au créancier d'être payé (1).

(1) Kuhlmann, loc. cit., p. 57.

Observons, à propos de l'explication du romaniste allemand, que l'hypothèque, au profit du fiduciaire, n'a pas toute l'indépendance qu'il lui attribue. Cette hypothèque n'est ici que l'accessoire d'une créance naturelle, qui a survécu à la confusion du droit d'hypothèque par sa réunion à la propriété : « *propter pignus*, dit Paul, *remanet obligatio*. »

D'autre part, pourquoi Kulmann omet-il de rapprocher la loi 59 de la loi 30 § 1 D. 44, 2 et a-t-il le soin d'assigner à chacun de ces textes une place très-éloignée dans son étude de l'hypothèque au profit du propriétaire sur sa propre chose ? Une comparaison de ces deux solutions du même jurisconsulte eût certainement présenté un vif intérêt. Dans la loi 30, Kulmann déclare qu'il s'agit d'un gage manuel existant au profit du propriétaire sur sa chose ; dans la loi 59, le même auteur admet qu'il s'agit d'une hypothèque. Quelle est la raison de cette différence ? Dans les deux textes Paul emploie la même expression : *pignus*.

L'argumentation de Kulmann sur la loi 30 nous semble avoir été construite pour les besoins de sa cause et son excessive discrétion, au sujet du rapprochement de cette loi et de la loi 59, augmente encore notre conviction. Ces deux textes, et l'auteur allemand ne saurait le contredire, mettent en application les mêmes principes ; dans chacun d'eux, Paul a voulu faire triompher l'équité sur la rigueur du droit, et leur importance, au sujet de la question principale que nous étudions, est attestée par tous les commentateurs. C'est donc sur l'interprétation de ces deux lois que Kulmann aurait dû établir les bases de sa doctrine ; loin de suivre cette méthode, l'auteur laisse ces deux textes dans l'ombre, garde un silence prudent sur leur

comparaison et se borne à défendre sa thèse « de l'indépendance absolue de l'hypothèque » par des considérations générales qui sont en désaccord avec les textes les plus importants de la matière.

Nous sommes donc en droit de penser que la doctrine de l'indépendance absolue de l'hypothèque n'a pas, dans les documents du droit romain, une base sérieuse. On peut lui opposer des textes nombreux, bornons-nous à citer deux d'entre eux. Ulpien, dans une formule générale, a posé un principe qui se concilie difficilement avec cette théorie :

« *Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suæ consistere potest.* »

L. 45, D. *De reg. juris*, 50, 17.

Ulpien déclare nettement, dans ce texte, que le droit de propriété, droit réel absolu, n'est susceptible d'aucune restriction au profit du propriétaire lui-même et produit, à lui seul, tous ses effets, sans qu'un droit supplémentaire puisse rien leur ajouter.

On ne doit pas toutefois prendre à la lettre la formule de cette loi, car des exceptions à la règle qu'elle établit se rencontrent dans les lois 35 § 1 D. *De pign. actione*, 13, 7 et 37, D. *De acq. vel amitt. poss.* 41, 2, qui permettent au débiteur de prendre à titre de bail ou de précaire l'objet qu'il a remis en gage à son créancier. Mais, en ce qui concerne la solution spéciale à l'hypothèque, que nous cherchons dans ce texte, nous la trouvons bien indiquée : le propriétaire ne peut avoir un droit de gage sur sa propre chose.

Kulmann (1) se refuse à admettre la notion précise qui résulte de ce texte et conteste son autorité en alléguant

(1) Loc. cit. p. 39.



que les exceptions signalées dans les lois 35, § 1 D. 13, 7 et 37, D. 41,2 peuvent fort bien s'appliquer par analogie à l'hypothèque. Mais la faculté laissée au débiteur gagiste d'obtenir de son créancier, à titre de bail ou de précaire, l'objet remis en gage, n'implique nullement la possibilité pour le propriétaire d'avoir un droit de gage ou d'hypothèque sur sa propre chose.

D'ailleurs, Kulmann reconnaît lui-même que l'objection, qu'il oppose au principe établi par la loi 45, n'est pas sans réplique, car il avoue, en terminant l'explication de ce texte, que « si l'on maintient comme absolue la règle exprimée par la loi 45, il en résulte qu'un droit de gage ne peut exister au profit du propriétaire sur sa propre chose » (1).

Mais cet aveu, de la part de Kulmann, n'est-il pas la condamnation de sa doctrine? Pourquoi un principe, formulé par le plus autorisé des jurisconsultes de l'époque classique, par Ulpien, n'aurait-il pas de portée? On ne peut voir, dans les quelques mots de la loi 45, la solution d'une espèce, et il n'est pas douteux que, dans ce texte, Ulpien ait posé un principe important.

Rapprochons de la loi 45 la solution donnée par Julien dans la loi 29 D. *De pign. actione* 13,7: « *Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse et sola precarii rogatio supererit: idcirco usucapio tua interpellabitur* »

Au point de vue spécial qui nous intéresse, observons que, dans la loi 29, Julien décide que, le créancier devenu propriétaire, le gage, qui lui avait été

(1) Loc. cit., p. 40.

constitué, s'éteint, le précaire seul subsiste. N'est-ce pas là un effet de la réunion chez le propriétaire de la double qualité de propriétaire et de créancier ? (1).

Qu'oppose Kulmann à la solution qui résulte clairement de ces deux textes, à savoir que le droit d'hypothèque s'éteint par confusion, lorsqu'il est réuni à la propriété ? Ce principe, dit-il, est contredit formellement par la loi 9 pr. D. *Quibus modis pignus* 20, 6 que nous citerons en terminant :

« *Titius Sempronio fundum pignori dedit : et eundem fundum postea Gaio Seio pignori dedit : atque ita idem Titius Sempronio et Gaio Seio fundum eundem in assem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis. Quæro, an, venditione interposita, jus pignoris extinctum sit : ac per hoc jus solum emptionis apud ambos permanserit ? Modestinus respondit, dominium ad eos de quibus quæritur emptionis jure pertinere : cum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur, invicem pigneratitiam actionem eos non habere* ».

Titius, après avoir hypothéqué son immeuble à Sempronius et à Gaius Seius, en vend la copropriété à ses deux créanciers. L'hypothèque de chacun d'eux est-elle éteinte ? Modestin répond que chacun des acquéreurs n'aura pas l'actio pigneratitia contre son coacquéreur.

« Comme chacun d'eux, dit Kulmann, a consenti à la vente, il a renoncé à son droit hypothécaire (2) ». Ce n'est donc pas par la confusion que son droit hypothécaire s'est éteint, mais par l'effet d'une renonciation tacite, que l'acquisition de l'immeuble hypothéqué implique né-

(1) Cf. L. 33 § 5 D. De *usurp. et usucap.*, 41,3.

(2) Loc. cit., p. 63.

cessairement. Cette explication est acceptée par plusieurs auteurs (1). L'idée d'une renonciation tacite par le propriétaire au droit d'hypothèque, qui vient se réunir à sa propriété, nous paraît très-plausible, et nous nous proposons de lui donner une place dans notre conclusion.

Toutefois la loi 9 D. 20,6 ne saurait ajouter aucun degré d'autorité à la doctrine de Kulmann. Que dans l'espèce prévue par Modestin, l'hypothèque soit éteinte, par l'effet de la confusion ou en vertu du consentement donné par le créancier à cette extinction, toujours est-il que cette hypothèque est éteinte et le créancier n'a pas à la fois un droit de propriété et un droit d'hypothèque. Cet argument devient donc une objection à la thèse de l'auteur allemand.

## CONCLUSION

Quelle conclusion devons-nous tirer de cette étude ? Nous n'avons pas rencontré dans les textes, dont nous avons abordé l'examen, une contradiction formelle au principe de l'extinction de l'hypothèque par sa réunion au droit de propriété et nous sommes amené à affirmer, en terminant, l'exactitude de l'idée que nous avons émise au début de ce travail : la possibilité pour le propriétaire d'avoir une hypothèque sur son propre bien est chose inconcevable.

L'hypothèque est un droit accessoire, qui ne peut exister sans une créance à laquelle il est attaché ; ce droit, en prin-

(1) Francke, loc. cit., p. 111, cf. — Wening, loc. cit., p. 147 et 148. — Bachofen, loc. cit., p. 93, note 14. — Fritz, loc. cit., p. 547, note 354.

cipe, s'éteint par sa réunion au droit de propriété. Plusieurs exceptions ont été apportées par le droit romain à ce principe, nous les avons signalées et nous avons tenté de les justifier.

Il est difficile de réunir dans une formule unique les solutions diverses que nous ont fournies les textes que nous avons commentés. Une idée commune domine toutes ces solutions : dans toutes les hypothèses, dont l'examen nous a préoccupé, les juriconsultes romains ont fait triompher les principes de l'équité sur l'application du droit strict, et c'est pour ce motif, qu'ils ont parfois fait exception à la règle d'après laquelle l'extinction de l'hypothèque doit se produire, lorsque ce droit se réunit au droit de propriété.

Dans l'hypothèse de *successio in locum* au profit de l'acquéreur, nous avons admis que l'hypothèque ne survivait pas à sa réunion à la propriété, mais nous avons accordé à l'acquéreur le droit de profiter seul de l'extinction de l'hypothèque et de se prévaloir seul du rang hypothécaire qui appartenait au créancier qu'il avait désintéressé, ce qui est encore une des prérogatives de l'hypothèque. Ce droit, même dans cette hypothèse, ne s'est donc pas éteint tout entier par l'effet de la confusion.

Les hypothèses que nous avons trouvées résolues dans les lois 30 § 1 D. 44, 2 et 59 pr. D. 36, 1, sont les seules qui nous aient présenté des exemples certains de la survie du droit d'hypothèque à sa réunion au droit de propriété. Ici l'hypothèque n'a pas été éteinte par la confusion.

En généralisant ces diverses solutions et en leur cherchant une justification commune, nous arrivons à nous demander si la confusion produit véritablement l'extinction des droits réels et notamment du droit d'hypothèque.

Les jurisconsultes ont souvent observé que la confusion n'était pas un véritable mode d'extinction des droits réels. Par l'effet de la confusion, pour employer l'expression de Pothier, l'hypothèque « sommeille mais n'est pas éteinte. » La confusion ne porte donc pas atteinte à l'existence de l'hypothèque, elle crée une impossibilité de fait, un obstacle à l'exercice de plusieurs des droits que l'hypothèque confère.

Et sur quel motif cet obstacle est-il fondé ? La confusion est, à notre avis, un mode d'extinction qui n'opère qu'avec le consentement présumé du créancier. Ce qui détermine l'extinction de l'hypothèque, ce n'est pas le fait de la réunion chez une même personne des qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire, mais la volonté présumée, de la part du créancier, de renoncer à son hypothèque, lorsqu'elle grève un immeuble dont il est devenu propriétaire. Si les circonstances sont telles qu'elles ne permettent pas de supposer chez le créancier la volonté de renoncer à l'hypothèque, la confusion n'entraînera pas l'extinction du droit hypothécaire, l'état juridique antérieur sera maintenu.

Cette explication finale nous paraît justifier la plupart des solutions qui ont été données par les jurisconsultes romains aux hypothèses que nous avons rencontrées dans le cours de cette étude.

---

# APPENDICE

## OPINIONS DES COMMENTATEURS ALLEMANDS

---

L'idée de l'existence, en Droit Romain, d'une hypothèque au profit du propriétaire sur sa propre chose a peu préoccupé les commentateurs français. Les romanistes allemands, au contraire, se sont attachés, dans un intérêt purement scientifique, à approfondir cette notion. Il est intéressant de rappeler ici brièvement les opinions qu'ont émises sur la question que nous avons étudiée, les principaux interprètes du droit romain, en Allemagne. Nous nous bornerons à une revue très-rapide, sans entrer à nouveau dans la discussion des textes.

VON WENING-INGENHEIM est le premier auteur qui ait étudié spécialement la question de savoir si les textes du droit romain accordaient au propriétaire une hypothèque sur sa propre chose (1). Ce commentateur n'admet pas l'idée de « l'indépendance absolue de l'hypothèque », dans le sens qu'un auteur récent que nous avons souvent cité, Kulmann, donne à cette expression. Wening, auquel Kulmann attribue le mérite d'avoir le premier découvert, dans les textes, la notion de l'hypothèque au profit du proprié-

(1) Loc. cit., t. VI, p. 134 et suivantes.



taire, se borne, de son propre aveu, à indiquer quelques exceptions au principe absolu de la confusion de l'hypothèque par sa réunion à la propriété : « Lorsque deux droits réels sont en opposition, dit-il, tous deux ne doivent pas produire effet, et l'un d'eux doit s'éteindre par confusion, c'est ce qui arrive lorsque l'hypothèque se réunit à la propriété. » Si le propriétaire est lui-même créancier hypothécaire, il pourra résister à l'action, qu'intenteront contre lui les créanciers postérieurs en rang, par une exception que Marcien a formulée dans la loi 12 pr. D. 20, 4 : « Si non mihi ante pignori hypothecæve nomine sit res obligata. »

Wening admet donc l'hypothèque au profit du propriétaire sur sa chose à titre d'exception et c'est à tort que Kulmann revendique à l'appui de la doctrine qu'il soutient, l'autorité de cet auteur. L'opinion de Wening n'a rien de commun avec la thèse de Kulmann, qui renverse les idées juridiques les plus solidement établies (1).

JUNGENFELD trouve illogique l'idée de l'hypothèque au profit du propriétaire sur sa propre chose. « Comment peut-il se faire, dit-il, que le droit d'aliéner

(1) Wening groupe ainsi les hypothèses des textes dans lesquelles il reconnaît, par exception, la coexistence des droits d'hypothèque et de propriété; l'hypothèque ne sera pas éteinte : 1° Si un créancier hypothécaire devient acquéreur; son droit hypothécaire subsistera afin de pouvoir faire échec aux droits hypothécaires des autres créanciers. A cette hypothèse se rattachent celles prévues par les lois 39 pr. D. 36, 1; 30 § 1 D. 44, 2, et 1 C. 8, 20; 2° Si un tiers acquiert, outre la propriété, le droit d'un créancier hypothécaire qu'il désintéresse. (Loi 17 D. 20, 4 et 3 C. 8, 19); 3° Enfin la dernière catégorie de droits réels, au profit du propriétaire sur sa chose, comprend les hypothèses dans lesquelles le législateur a accordé, d'après Wening, à certains propriétaires, dont la condition était digne de faveur, un droit d'hypothèque indépendant du droit de propriété : L. 3 D. 27, 9. L. 6 C. 7, 8. L. 6, § 2. C. 5, 9. L. 30 pr. C. 5, 12.

appartienne au propriétaire, pour une autre raison que parce qu'il est propriétaire et comment un tel créancier pourra-t-il réaliser sa créance en aliénant sa propre chose (1). » Cet auteur reconnaît cependant qu'un acquéreur peut avoir un droit privilégié à opposer aux créanciers hypothécaires. Il admet donc la *successio in locum creditorum*, dans les hypothèses où ce bénéfice est accordé par les textes. Sur la nature du droit qui est transmis au créancier, Jungenfèld fait une distinction qui nous semble inexacte : Dans la *successio in locum* établie par les lois 3. D. 20, 4 et 1 C. 8, 19, au profit du prêteur de deniers, Jungenfèld admet une transmission du droit hypothécaire appartenant au créancier désintéressé. Dans l'hypothèse de la loi 3, C. 8, 19, au contraire, il se montre hostile à toute idée de transmission et il fonde cette différence dans ses solutions sur cette particularité que l'expression de la loi 1 C. 8, 19 « *in jus pignoris succedere* » doit avoir une signification différente de celle qu'il attribue aux termes rencontrés dans la loi 3 C. 8, 19 « *in jus succedere*. »

Dans l'hypothèse prévue par cette dernière loi, Jungenfèld suppose que l'acquéreur, au moment où il acquiert, se réserve le droit d'éteindre par le paiement de son prix les créances hypothécaires grevant l'objet de son acquisition, mais il ne lui attribue aucun droit d'hypothèque sur sa propre chose. Ainsi, grâce à cette distinction entre les diverses hypothèses de *successio in locum*, distinction qu'il est, il est vrai, difficile de justifier, Jungenfèld a pu dire qu'un propriétaire ne peut jamais avoir une hypothèque sur sa propre chose.

D'autres auteurs ont soutenu que, dans le cas de réunion de l'hypothèque et de la propriété sur la même tête, le

(1) Ueber das Pfandrecht an eigener Sache, p. 16.

droit de propriété disparaissait pour ne laisser subsister que le droit d'hypothèque ; ici l'accessoire prend la place du principal.

PUCHTA est partisan de l'incompatibilité absolue des deux droits réels. Il décide que le droit de propriété, se trouvant en concours avec le droit hypothécaire, doit céder la place à ce dernier droit ; l'acquéreur, créancier hypothécaire, ne doit conserver que son hypothèque (1).

Cet auteur interprète l'opération qui intervient dans les espèces prévues par les lois 17, D. 20, 4 et 3, C. 8, 19, non pas comme une acquisition, mais comme le paiement d'une créance hypothécaire avec *successio in locum* au profit du nouveau créancier, acquéreur dans notre hypothèse. Il paraît peu logique de supposer chez l'acquéreur un autre but que celui d'acquérir la propriété. D'autre part, cette solution laisse la porte ouverte à de nombreuses objections. L'acquéreur n'est plus qu'un créancier hypothécaire ayant obtenu la détention de la chose hypothéquée. Dès lors, les garanties résultant de la vente seront-elles accordées à un tel acquéreur ? Il est permis d'en douter puisqu'aucune vente n'est réputée être intervenue. Si l'acquéreur est évincé, aura-t-il contre son vendeur le recours d'un acquéreur ou le recours d'un créancier hypothécaire auquel on a enlevé son gage ? Ce sont là autant de questions qui naissent à propos de la thèse de Puchta et que ce commentateur a laissées sans réponse. Enfin, au cas où le premier créancier hypothécaire acquiert l'objet hypothéqué, que devient l'explication de Puchta ? Ce créancier ne peut acquérir un droit qui est déjà dans son patrimoine.

(1) Institutionen II, p. 266. Pandekten, p. 340. Cf. Ardnts, loc. cit. p. 570. Windscheid, loc. cit. p. 813, note 27.

Dans le cours de cette étude, nous avons souvent rappelé les solutions qu'a données aux diverses questions, à l'examen desquelles nous nous sommes livré, un des interprètes allemands les plus autorisés, DERNBURG, dans son savant traité de l'hypothèque.

Dernburg n'admet pas que le propriétaire puisse avoir une hypothèque sur sa chose. Le droit hypothécaire s'éteint, en principe, par sa réunion au droit de propriété, mais cette extinction n'est pas absolue. « La confusion n'opère, dit Dernburg, qu'autant que la propriété et l'hypothèque sont définitivement réunies. » Et il cite, en dehors des hypothèses que nous avons rencontrées, d'autres exemples à l'appui de son opinion. Dans l'espèce prévue par la loi 7 § 6 D. *De don inter virum et uxorem*, 24, 1, le transfert de la propriété étant nul, la confusion de l'hypothèque et de la propriété ne s'est pas opérée. De même dans l'hypothèse où l'acquisition de la propriété est réputée n'avoir pas eu lieu, les effets qu'a pu produire cette acquisition sont annulés, la confusion des droits réels est réputée ne s'être pas produite et le droit hypothécaire, occasionnellement réuni à la propriété, subsiste, comme si aucune acquisition n'était intervenue. (L. 57 D. *usufructu* 7, 1. L. 38 § 1 D. *De legatis* 30, 1).

Dans les hypothèses des lois 59 D. 36, 1 et 30 § 1 D. 44, 2, Dernburg fait exception au principe de la confusion par raison d'équité (1).

(1) On peut rapprocher de l'opinion de Dernburg l'explication de Bremer. (*Hypothek und Grundschuld* p. 50 à 53 et 84). Dans l'hypothèse de la loi 30 § 1 D. 44, 2, cet auteur décide que l'action accordée par le jurisconsulte Paul n'est pas en réalité l'action hypothécaire, mais une *actio negotiorum* permettant de repousser l'action intentée par un créancier hypothécaire d'un rang inférieur.

Rappelons que Dernburg voit dans la *successio in locum* non pas une transmission de l'hypothèque appartenant au créancier désintéressé par l'acquéreur, mais une simple succession au rang de cette hypothèque. Cet auteur expose la doctrine de la *successio in locum* avec une remarquable clarté. A lui revient l'honneur sinon d'avoir créé, du moins celui d'avoir le premier dégagé nettement la thèse de la *succession au rang hypothécaire* que plusieurs interprètes français ont développée après lui (1).

FRANCKE admet le principe de la confusion de l'hypothèque et de la propriété (2). Le créancier connaissant l'existence d'une hypothèque à son profit et qui acquiert l'immeuble objet de son gage, est réputé par cela même renoncer à son hypothèque. Pour que l'hypothèque ne soit pas éteinte, dit Franke, elle doit être formellement réservée au moment de l'acquisition. Comme le remarque Dernburg (loc. cit. II, p. 578), Ardnts (loc. cit. p. 570) et Windscheid (loc. cit. 1 p. 814 note 30), les textes ne font pas allusion à la nécessité de cette réserve expresse. Dans l'hypothèse de *successio in locum* au profit de l'acquéreur, la *successio* opérerait de plein droit en l'absence de toute convention à cet égard.

SINTENIS n'admet pas qu'un propriétaire puisse avoir une hypothèque sur sa chose (3). « Soutenir cette idée, dit-il, c'est affirmer qu'un créancier peut être son propre débiteur. » C'est par l'équité que Sintenis justifie la plu-

(1) Cette doctrine a été émise par un auteur allemand, *Mycielski* dans un traité intitulé *De jure offerendi origine*, publié à Berlin en 1848. Dernburg a approfondi, en 1864, l'examen de cette doctrine qu'admettent aujourd'hui de savants commentateurs français : MM. *Labbé, Beauregard et Challamel* (loc. cit.)

(2) *Civilistische Abhandlungen* p. 107.

(3) Loc. cit., p. 127.

part des solutions admises par les textes, dans lesquels il rencontre la réunion de l'hypothèque au droit de propriété. Dans son explication des textes, Sintenis suppose que le propriétaire, en même temps créancier hypothécaire, a été victime de la mauvaise foi de son débiteur qui lui a caché l'existence de l'hypothèque grevant l'objet acquis. Mais les textes n'exigent pas, dans toutes les hypothèses, que, pour qu'il y ait exception au principe de la confusion, le propriétaire ait ignoré l'existence de son droit hypothécaire (1).

La thèse émise par Kulmann, que nous avons constamment contredite dans le cours de cette étude, et par laquelle cet auteur affirme la possibilité pour le propriétaire d'avoir une hypothèque sur sa propre chose et nie le caractère accessoire du droit d'hypothèque, est, comme nous venons de le constater, contraire à l'opinion des meilleurs interprètes du droit romain en Allemagne (2). La plupart d'entre eux ont étudié la question dont Kulmann s'est spécialement occupé, et ont admis, à titre d'exception, la survie, dans certains cas limités, de l'hypothèque à sa réunion à la propriété. Le plus souvent, c'est par l'équité qu'ils ont justifié les solutions des textes (3). C'est la seule explication qui nous paraît possible,

(1) Buchka (*Die Hypothek des Eigenthümers*, p. 13 et 14) fait la même supposition que Sintenis et refuse toute protection au propriétaire qui connaissait l'existence d'une hypothèque à son profit.

(2) Cette thèse, dans le sens que Kulmann lui attribue, est soutenue par Hartmann (loc. cit.) et par Sohm (*in der Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, p. 2 et suiv.)

(3) Indépendamment des auteurs dont nous avons cité les opinions, cette idée d'équité, justifiant les solutions des textes, est admise en Allemagne par Vangerow (loc. cit., T. II, p. 899 et 900), Rudorff (*Zu Puchta's Pandecten*, p. 340, note 1 et 320, note b), Arndts (loc. cit., p. 570), Regelsberger (loc. cit., p. 204), Göschen (cité par Dernburg, II, p. 514) et Bähr (*Jahrbücher für Dogmatik*, XI, p. 95, note 52).



elle est d'ailleurs conforme à la formule romaine de l'action hypothécaire et respecte les principes (1).

La conception de Kulmann, qui voit dans l'hypothèque un droit principal, absolument distinct du droit de propriété et libre de tous liens, quant à la créance dont il forme la garantie, a certainement le mérite de l'originalité. La thèse nouvelle que cet auteur a soutenue revient, il est vrai, comme il a soin de le faire remarquer, sur les idées anciennes (2). Cette thèse est donc neuve, trop neuve peut être, car elle ne s'appuie sur aucun principe, ou du moins, pour lui trouver une base, Kulmann se voit dans la nécessité de renverser tous les principes admis, de donner une nouvelle définition du droit de propriété et du droit d'hypothèque, de leur chercher des effets inédits, en un mot, de contredire toutes les idées émises, au sujet des droits réels, depuis que l'on étudie le droit. L'auteur désigne sa conception sous le titre de « Théorie de l'indépendance absolue de l'hypothèque », nous sommes tenté, pour qualifier sa doctrine, ingénieuse sans doute, d'employer la même expression : elle est absolument indépendante de tous les principes du Droit romain.

(1) Jourdan, loc. cit, p. 671.

(2) Loc. cit., p. 82.

# TABLE DES MATIÈRES

---

|                        | Pages |
|------------------------|-------|
| INTRODUCTION . . . . . | 1     |

## PREMIÈRE PARTIE

### DE LA SUCCESSIO IN LOCUM CREDITORUM AU PROFIT DE L'ACQUÉREUR

|                                                                                                                 |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES. . . . .                                                                             | 5  |
| CHAPITRE I. — De la nature de la successio in locum. . . . .                                                    | 40 |
| CHAPITRE II. — Des règles d'application de la successio in locum<br>accordée à l'acquéreur . . . . .            | 29 |
| <b>Section I.</b> Conditions d'exercice de la successio in locum. . . . .                                       | 29 |
| <b>Section II.</b> — De l'étendue et des effets de la successio in<br>locum, au profit de l'acquéreur . . . . . | 36 |
| CONCLUSION . . . . .                                                                                            | 40 |

## DEUXIÈME PARTIE

### DE L'HYPOTHÈQUE AU PROFIT DU PROPRIÉTAIRE SUR SA PROPRE CHOSE

|                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------|----|
| I. — Observation générale . . . . .                         | 45 |
| II. — Etude des textes . . . . .                            | 48 |
| CONCLUSION . . . . .                                        | 70 |
| APPENDICE. — Opinions des commentateurs allemands . . . . . | 73 |

---



DROIT FRANÇAIS

---

DE LA DOTALITÉ

ET DES

RESTRICTIONS APPORTÉES PAR LE CONTRAT DE MARIAGE

A LA

CAPACITÉ DE LA FEMME



## INTRODUCTION

---

La capacité de la femme mariée est restreinte, dans notre droit, par deux causes, par le mariage lui-même et par les stipulations de son contrat de mariage.

L'incapacité, qui résulte du mariage, est établie par les articles 215 et 217 du Code civil; elle est invariable et atteint à un même degré toutes les femmes mariées. Cette incapacité est une conséquence de la puissance maritale; elle existe dans l'intérêt des époux et de l'administration de leurs biens, elle cesse, lorsque la femme est autorisée par son mari ou par justice.

L'incapacité, qui a sa source dans les conventions matrimoniales, est variable; elle procède de la libre volonté des époux ou de leur silence. Sous chacun des régimes matrimoniaux admis par le Code civil, la capacité de la femme est régie par des règles spéciales; par le choix même du régime auquel elle se soumet, la femme restreint d'une manière plus ou moins complète les conditions de sa capacité.

Pour la rédaction de son contrat de mariage et le règlement de ses intérêts pécuniaires, la femme jouit d'une liberté que l'on aurait tort de croire absolue. Elle peut adopter, dans tous ses effets, un des régimes établis par le législateur, ou fixer les règles de sa capacité en adoptant un régime mixte, formé de la combinaison de plusieurs



autres, et associer entre elles, dans une certaine mesure, les règles spéciales de chacun d'eux. Mais là s'arrête son droit, elle n'a pas la faculté de réglementer à sa guise les conditions de sa capacité, sans tenir compte des principes des divers régimes admis par le législateur.

Une seconde limite est imposée à la libre rédaction des conventions matrimoniales : les règles concernant l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public et l'article 6 du Code civil défend de déroger à ces règles par des conventions particulières, le contrat de mariage n'échappe pas à cette prohibition.

Envisagée à un autre point de vue, la capacité de la femme mariée est personnelle ou réelle, elle concerne sa personne ou ses biens. Les règles établies dans les articles 215 et 217 du Code civil sont relatives à la capacité personnelle de la femme. Les stipulations du contrat de mariage, réglant les intérêts pécuniaires des époux, ne peuvent au contraire restreindre la capacité de la femme qu'en ce qui concerne ses biens. La capacité personnelle de la femme, indépendante du régime matrimonial qu'elle a choisi, n'est pas susceptible d'être restreinte par convention. La femme ne peut elle-même se rendre incapable ; la seule incapacité, qui puisse l'atteindre, résulte de l'application des règles propres aux divers régimes matrimoniaux qu'il lui a été possible de combiner dans son contrat de mariage.

Sous trois régimes que les interprètes appellent souvent régimes de liberté : la communauté, le régime exclusif de communauté et le régime de la séparation de biens, la femme, autorisée de son mari ou de justice, peut valablement disposer de ses biens. Le régime dotal est le véritable siège de l'incapacité de la femme mariée : sous ce

régime, les biens de la femme, déclarés dotaux par son contrat de mariage, sont inaliénables. Les conséquences de ce principe sont nombreuses, nous en rechercherons l'étendue, en ce qui concerne spécialement les restrictions qui en résultent pour la capacité de la femme.

Nous n'étudierons ni les règles de l'incapacité invariable de la femme mariée ni les conditions de sa capacité sous les régimes de liberté ; la nécessité de l'autorisation maritale est la seule restriction que reçoive, sous ces divers régimes, la capacité de la femme.

Une grande partie de nos développements sera consacrée à l'étude des conditions spéciales de capacité qui résultent pour la femme de l'adoption du régime dotal et à l'examen des dérogations qu'apporte habituellement la pratique aux principes de ce régime.

Les règles du régime dotal, telles que les a admises le législateur du Code civil, ne sont plus en harmonie avec les nécessités sociales de notre époque ; l'inaliénabilité dotale est à bon droit considérée comme un obstacle aux transactions que l'état actuel de la richesse publique a rendues nécessaires et fréquentes. D'autre part, le développement considérable qu'a acquis de nos jours la fortune mobilière réclame, pour cette partie souvent importante du patrimoine de la femme, une protection efficace que le législateur de 1804 n'a pas prévue. La jurisprudence, suivant en cela une tendance toute prétorienne dont nous aurons plusieurs fois, dans cette étude, à signaler les effets, a cherché à donner à la dot mobilière de la femme dotale une garantie qui lui fait défaut ; mais la théorie qu'elle a admise ne suffit pas à sauvegarder les intérêts de la femme ; sous prétexte de garantie, la jurisprudence laisse sa dot mobilière complètement à la discrétion du mari.

Aussi, aujourd'hui, lorsque la femme adopte le régime dotal, s'empresse-t-elle d'apporter à la fois une exception au principe de l'inaliénabilité qu'elle trouve trop rigoureux et une restriction aux pouvoirs accordés au mari sur sa dot mobilière, qu'elle considère comme trop étendus. Le plus souvent, la femme oblige son mari à faire emploi des sommes dotales qu'il recevra pendant le mariage et à opérer le remploi des prix de vente des biens dotaux, meubles ou immeubles. La clause conventionnelle d'emploi et de remploi, en raison même de son importance pratique, doit trouver place dans notre étude.

Le régime dotal, nous aurons à le reconnaître, apporte à l'administration des biens dotaux de nombreuses entraves. Pour cette raison, les époux lui préfèrent souvent un régime de liberté ; mais alors la femme a le soin d'associer à ce régime quelques unes des garanties propres au régime dotal. Nous étudierons les divers modes d'association possibles du régime dotal et des autres régimes matrimoniaux ; nous rechercherons le sens de différentes clauses souvent jointes au régime de la communauté et que les interprètes ont parfois considérées comme des stipulations de dotalité : la clause de reprise d'apport franc et quitte, la clause d'emploi et remploi. Nous nous demanderons enfin, en terminant, si la femme, quel que soit le régime matrimonial qu'elle adopte, peut restreindre sa capacité d'aliéner ses biens et de s'obliger, sans stipuler une des règles propres au régime dotal.

Les solutions controversées de la jurisprudence, les dérogations nombreuses que les contrats de mariage apportent soit à ces solutions soit aux principes du Code civil, rendent l'interprétation d'un contrat de mariage sou-

vent difficile. Bien que les documents de jurisprudence soient considérables, les règles d'interprétation, au point de vue des restrictions apportées à la capacité de la femme par ses conventions matrimoniales, ne sont pas nettement définies. Est-il possible d'ailleurs de tracer en cette matière des règles d'interprétation ? La diversité des combinaisons que les époux ont la faculté d'introduire dans leur contrat de mariage et la liberté qui leur est accordée pour la réglementation de leurs intérêts matrimoniaux, ne rendent-elles pas impossible l'application de règles invariables d'interprétation ? L'appréciation de la volonté et de l'intention des époux n'est-elle pas le plus souvent une pure question de fait variant avec chaque espèce ?

La Cour de Cassation se réserve le droit d'interpréter souverainement les clauses des contrats de mariage et d'en déterminer le sens ; elle admet donc qu'il existe, en cette matière, une tradition juridique à maintenir ; nous chercherons à l'indiquer.

Nous diviserons cette étude en trois parties :

I. — Des restrictions apportées à la capacité de la femme par l'adoption du régime dotal ;

II. — Des dérogations généralement apportées par le contrat de mariage à la règle de l'inaliénabilité dotale ;

III. — Des clauses restrictives de la capacité de la femme sous les régimes autres que le régime dotal.

---



# PREMIÈRE PARTIE

## DES RESTRICTIONS A LA CAPACITÉ DE LA FEMME RÉSULTANT DE L'ADOPTION DU RÉGIME DOTAL.

---

Les biens de la femme mariée sous le régime dotal se composent de deux masses distinctes : les biens paraphernaux, qui forment la règle, et que la femme administre seule, sans le concours et sans l'autorisation de son mari, et les biens dotaux, qui sont l'exception et dont le mari a l'administration et la jouissance.

Notre sujet est, par son titre même, limité à l'étude de l'incapacité de la femme, en ce qui concerne ses biens dotaux : la capacité de la femme n'est restreinte, par l'adoption du régime dotal, qu'à l'égard de ces derniers biens.

L'inaliénabilité des immeubles dotaux, établie par le législateur dans l'article 1554, est le trait caractéristique du régime dotal. Une des conséquences de l'inaliénabilité est l'impossibilité pour la femme de contracter des obligations susceptibles d'être exécutées sur ses biens dotaux ; le créancier a en effet un droit d'aliénation éventuel sur



les biens de son débiteur, il peut en poursuivre la vente, s'il n'est pas désintéressé.

C'est au point de vue spécial des restrictions apportées par le contrat de mariage à la capacité qu'a la femme de s'obliger, avec l'autorisation de son mari, que nous nous placerons dans le cours de cette étude.

---

## CHAPITRE PREMIER

### NOTIONS HISTORIQUES ET FONDEMENT DE L'INALIÉNABILITÉ DOTALE.

#### § I. — Origine historique de l'inaliénabilité dotale.

L'inaliénabilité dotale nous vient du droit romain. A Rome, la loi *Julia de Adulteriis*, rendue en l'an 737, défendit au mari, propriétaire de la dot, d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme. Des édits d'Auguste et de Claude interdirent à la femme le droit d'intercéder en faveur de son mari, de le cautionner. (Lois 1 et 2, pr. *Ad., sc. Vell.* Dig. lib. XVI, t. I.) ; et le *sénatus-consulte Velléien*, dont la date est fixée par les auteurs entre l'avènement de Claude et celui de Vespasien, étendit les prohibitions de ces édits, en rendant la femme incapable *d'intercéder*, de *s'obliger* pour autrui (1).

L'objet de ces diverses dispositions du droit romain indique l'esprit dans lequel elles ont été conçues : elles ont évidemment pour origine commune une idée de défiance à l'égard du mari et de protection sinon pour la femme, du moins pour sa fortune. La maxime, par laquelle les jurisconsultes romains ont justifié l'inaliénabilité de la dot, suffit pour accuser le véritable caractère de cette institution : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere*,

(1) Gide, *De la condition privée de la femme*, p. 175.

*propter quas nubere possunt* (Loi 2, Dig. *De jure dotium*, XXIII-3.) Le législateur romain veillait à la conservation de la dot de la femme, pour lui faciliter, en cas de divorce ou de veuvage, la possibilité d'une seconde union.

Justinien modifia profondément les règles relatives à l'incapacité de la femme mariée et résultant de la loi Julia et du sénatus-consulte Velléien ; il décida que le fonds dotal ne pourrait être aliéné, même avec le consentement de la femme (Institutes lib. II. Tit. VIII pr.) ; il valida l'obligation contractée par la femme pour toute autre personne que pour son mari, pourvu qu'elle eût une juste cause. Par l'*Authentique si qua mulier* (Loi 22, Code *Ad. SC. Vell.*), il admit enfin que le consentement donné par la femme à un emprunt contracté par son mari serait nul, en tant qu'il obligerait la personne ou les biens de la femme, sauf cependant s'il était démontré que l'emprunt avait été réalisé dans l'intérêt personnel de la femme. Avec Justinien, l'incapacité de la femme tient moins à sa faiblesse qu'à son état de femme mariée ; elle n'est plus fondée sur un principe d'ordre public, mais sur l'intérêt privé de la femme.

Quelles furent, dans notre ancienne France, et pendant les treize siècles qui s'écoulèrent depuis Justinien jusqu'à l'époque de la rédaction du Code civil, les destinées de la législation romaine relative à la capacité de la femme ?

Le sénatus-consulte Velléien et l'*Authentique si qua mulier* furent acceptés assez généralement dans les pays de coutume ; mais, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, l'application du sénatus-consulte cessa d'être rigoureuse ; on permit à la femme de renoncer au Velléien ; ces renonciations devinrent bientôt de style dans les actes notariés. Une seule condition fut imposée à leur validité : les notaires durent

mentionner, dans l'acte contenant la renonciation au Velléen, qu'ils avaient averti la femme mariée des avantages créés en sa faveur par ce sénatus-consulte et par l'Authentique *si qua mulier*.

De nombreux procès ne tardèrent pas à s'élever sur la validité des renonciations au Velléen et sur l'observation plus ou moins rigoureuse de la condition de forme que nous avons indiquée. Pour consacrer une pratique généralement suivie, sauf dans quelques provinces, l'Auvergne, le Languedoc et la Normandie, restées fidèles au Velléen, et pour tarir la source de fréquents litiges, Henri IV, en 1606, abrogea, pour tout le royaume, le sénatus-consulte Velléen et l'Authentique *si qua mulier*, en décidant que la clause de renonciation au Velléen serait sous entendue dans tous les contrats passés par les femmes mariées.

L'Edit de 1606 ne fut pas accepté par tous les Parlements ; plusieurs d'entre eux refusèrent de l'enregistrer, prétendant qu'il était impossible de maintenir l'harmonie dans les principes du régime dotal, sans l'application des règles Velléiennes ; la législation relative à la capacité de la femme mariée varia de province à province.

Que devient la loi Julia après l'édit de 1606 ? On se demanda si cette loi n'avait pas été abrogée par l'édit, en même temps que le sénatus-consulte Velléen. Les auteurs remarquaient cependant que les dispositions du sénatus-consulte et celles de la loi Julia, tout en se complétant, ne répondaient pas à la même idée. « Il faut faire différence entre le Velléen et la loi Julia, dit très exactement Henrys. Le Velléen était un privilège personnel accordé aux femmes, c'est pourquoi les femmes y pouvaient renoncer. Mais la loi Julia, quoique introduite en faveur des fem-

mes, était un privilège réel et qui regardait plutôt les biens que la femme et était restreint aux biens dotaux. C'est pourquoi la femme, qui s'obligeait pour autrui, pouvait bien renoncer au Velléien, mais elle ne pouvait pas renoncer à la loi Julia (1). »

Si la loi Julia était toujours en vigueur, son application devenait difficile ; on la considérait comme nuisible au commerce. Dans quelques provinces, on avait cessé de l'appliquer dès l'abrogation du Velléien ; dans d'autres, notamment dans quelques pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris : le Lyonnais, le Mâconnais, le Beaujolais et le Forez, on appliquait toujours la loi Julia, tout en maugréant contre ces dispositions. Les officiers des sièges de ces derniers pays s'adressèrent au Parlement pour demander une réforme de cette loi, et Louis XIV, par une déclaration du 21 avril 1664, décida que : « les femmes mariées de notre dite ville de Lyon, pays Lyonnais, Mâconnais, Forez et Beaujolais, pourraient à l'avenir obliger valablement sans aucune distinction, tous et chacun, les biens dotaux et paraphernaux, mobiliers et immobiliers sans avoir égard à la disposition de la loi Julia que nous avons abrogée et abrogeons à cet égard. »

La déclaration de 1664 fut bientôt étendue à plusieurs autres provinces, et la loi Julia fut vite oubliée. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, le sénatus-consulte Velléien n'était plus appliqué que dans le ressort de quelques Parlements ; ceux de Rouen et de Toulouse seuls avaient persisté à déclarer nulle toute renonciation au Velléien.

Telle était, lors de la rédaction du Code civil, la législation sur la capacité de la femme mariée. En décidant, dans

(1) Henrys, *Œuvres*, Lib. IV, q. 131, l. II, p. 770 et suivantes.

l'article 1123, que la femme mariée était capable de contracter, les rédacteurs du Code civil ont définitivement abrogé le sénatus-consulte Velléien.

## § II. — Du caractère de l'inaliénabilité dotale.

Quel est, dans notre droit, le caractère de l'inaliénabilité dotale ? Cette question est, parmi les interprètes du Code civil, le sujet d'une vive controverse. Deux thèses comptent l'une et l'autre de nombreux partisans.

Certains auteurs admettent que les immeubles dotaux sont inaliénables en ce sens qu'ils sont mis hors du commerce ; ils sont, pour ce motif, à l'abri des poursuites des créanciers envers lesquels la femme s'est obligée pendant le mariage.

D'autres auteurs repoussent, au contraire, toute idée d'indisponibilité ; la femme dotale est, à leur avis, frappée de l'incapacité spéciale d'aliéner ses immeubles dotaux et de les donner en gage à ses créanciers.

Chacune des deux théories qui ont été émises sur l'inaliénabilité des immeubles dotaux invoque, à son appui, les traditions historiques, les travaux préparatoires et certains textes du Code civil. Examinons rapidement les arguments par lesquels chacune de ces deux thèses a été défendue.

### I. — Doctrine de l'indisponibilité des immeubles dotaux

L'inaliénabilité dotale est, d'après certains auteurs, une qualité réelle des immeubles dotaux, qui sont, par



leur nature même, mis hors du commerce et soustraits au droit de disposition de la femme (1). La femme dotale conserve son entière capacité, les obligations qu'elle contracte ne peuvent s'exécuter sur les immeubles dotaux, en raison seulement de leur indisponibilité.

1. — La tradition historique est, dit-on, en faveur de l'indisponibilité des immeubles dotaux. L'inaliénabilité dotale, admise par les rédacteurs de notre Code civil, dérive de la loi Julia, qui, à Rome, défendait au mari d'aliéner le fonds dotal. En droit romain, le caractère de l'inaliénabilité des immeubles dotaux était l'indisponibilité, la dot était inaliénable en ce sens qu'elle était mise hors du commerce ; l'inaliénabilité était établie non pas dans l'intérêt privé de la femme, mais dans l'intérêt public.

Dans notre ancienne jurisprudence, la même idée se rencontre chez les commentateurs du droit civil ; il est généralement admis que la vente de l'immeuble dotal, consentie par la femme, est frappée d'une nullité absolue. On peut invoquer en ce sens l'autorité de Cujas (2) et celle de plusieurs de nos vieux auteurs (3). Comme à Rome, l'inaliénabilité dotale est un principe d'ordre public ; la faiblesse de la femme, la nécessité de la protéger contre l'influence du mari ne sont pas des motifs invoqués par les jurisconsultes.

Ainsi, la tradition historique justifie l'inaliénabilité dotale non pas par l'incapacité de la femme, mais par la nature des biens dotaux.

(1) Demolombe. *Revue de législation* 1835, T. II, p. 282. — Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil*, § 558 texte et note 31. — Troplong. *Contrat de mariage*, T. IV n° 3312 et suiv.

(2) Cujas, *Quest Papin*, lib. III, loi 42, T. IV, p. 97.

(3) Voët, lib. XXIII, T. V, n° 5, — Chabrol, *Coutume d'Auvergne*, ch. 14, art. 3, 3<sup>e</sup> question.

2. — Les travaux préparatoire du Code civil, qui indiquent souvent l'intention qui a présidé à la rédaction des textes, fournissent un nouvel argument à la thèse de l'indisponibilité des immeubles dotaux.

Lors de la discussion de l'article 1560, il fut décidé que l'aliénation des immeubles dotaux serait frappée d'une nullité absolue. L'article 169 du projet contenait notamment cette phrase : « L'aliénation est radicalement nulle, « elle disparaît tout entière. »(1). Si nous ne rencontrons pas cette expression dans l'article 1560, la raison en a été donnée devant le Tribunalat : « L'expression *radicalement nulle* de l'article 1560, fut-il dit, n'ajoute rien à cet article. » La discussion qui intervint au Tribunalat, et motiva la suppression du terme employé dans le projet, indique l'opinion des rédacteurs du Code sur le caractère de l'inaliénabilité dotale. S'il ne s'agissait que d'une question de capacité de la femme, l'aliénation du bien dotal ne serait affectée que d'une nullité relative basée sur un défaut de capacité ; en décidant que la nullité serait absolue, les rédacteurs du Code se sont prononcés en faveur de la thèse de l'indisponibilité.

3. — Un argument plus convaincant encore résulte de l'examen des textes du Code civil relatifs au régime dotal. Aucun texte ne déclare la femme, mariée sous le régime dotal, incapable de s'obliger ; le Code civil, au contraire, établit, dans plusieurs de ses dispositions, que la femme, valablement autorisée par son mari, est aussi capable de s'obliger qu'avant son mariage (art. 217 et 1123). Et cependant la prétendue incapacité de la femme dotale ne peut résulter que des textes. On soutient qu'elle a été

(1) Locré, T. XIII. p. 259.

éditée par l'article 1554 : « Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés et hypothéqués pendant le mariage ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement. »

La rédaction de cet article, loin d'être favorable à la théorie de l'incapacité de la femme dotale, est plutôt un motif en faveur de la thèse contraire. Chaque fois que le législateur traite de l'inaliénabilité dotale, il emploie toujours la formule que nous avons rencontrée dans l'article 1554; il fait allusion à l'indisponibilité des immeubles dotaux et non à l'incapacité de la femme dotale. Si cette incapacité existe, pourquoi n'en trouve-t-on aucune mention au titre de la capacité de la femme ou au titre du contrat de mariage? Le silence du législateur ne peut s'expliquer que si l'on admet l'indisponibilité des immeubles dotaux.

## II. — Doctrine de l'incapacité de la femme dotale.

La plupart des auteurs soutiennent que, par l'inaliénabilité dotale, la femme est frappée d'une incapacité d'une nature spéciale, d'une véritable incapacité réelle, n'affectant que les biens dotaux (1). A l'appui de cette opinion on invoque les arguments suivants :

1. — Si l'on remonte au droit romain et aux principes qui ont fait admettre, dans cette législation, l'inaliénabilité dotale, on reconnaît facilement que l'inaliénabilité a sa

(1) Labbé, *Revue critique de législation* T. IX, p. 1. — Gide, loc. cit. édit. Esmein p. 449 et suiv. — Valette, *Mélanges*, T. 1, p. 513. — Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, T. VI, n° 232 bis I. — Guillouard, *Contrat de mariage*, T. IV, n° 1836.

source dans le sénatus-consulte Velléen et dans les édits d'Auguste et de Claude, dont le sénatus-consulte compléta les dispositions. Justinien constate, il est vrai, (Inst. lib. II T. II *quibus alienare licet vel non*), que la loi Julia défendait au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme et de l'hypothéquer même avec ce consentement. Mais les interprètes les plus autorisés du droit romain s'accordent pour reconnaître que l'assertion de Justinien est inexacte (1), et que la Loi Julia ne prohibait que l'aliénation du fonds dotal et non l'hypothèque, dont l'existence à Rome, à l'époque de la loi Julia, peut être contestée.

C'est remonter trop loin que de rechercher l'origine de l'inaliénabilité dotal dans la loi Julia, qui avait pour seul but de rendre nécessaire le concours de la femme à la vente du fonds dotal. L'inaliénabilité a sa véritable origine dans le sénatus-consulte Velléen, qui défendait à la femme d'intercéder pour autrui. La loi Julia et le sénatus-consulte Velléen ne pouvaient pas coexister, à Rome, et recevoir application à la même époque. La loi Julia donnait en effet un excellent moyen d'échapper aux prescriptions du sénatus-consulte : puisque la vente du fonds dotal par le mari et la femme était possible, rien n'interdisait à la femme d'intercéder indirectement pour son mari, en vendant le fonds dotal et en lui livrant le prix. La loi Julia devait donc, pour être en harmonie avec les dispositions du sénatus-consulte Velléen, subir une modification : ce fût là l'œuvre de Justinien. Dans ses Institutes, il refusa à la femme le droit d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles dotaux, même avec le consentement de son mari. Dès

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, T. I, n° 314, 3<sup>e</sup> édit.

lors, la disposition de la loi Julia cessa d'avoir aucune portée, puisque l'aliénation et l'hypothèque du fonds dotal furent désormais interdits. La réforme de Justinien a été introduite pour augmenter la protection que les dispositions antérieures accordaient à la femme. Justinien l'atteste plusieurs fois : dans ses Institutes, il justifie ainsi les réformes de la législation de la dot : « *ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ eorum converteretur* » (Lib. II, T. VIII), et, au Code, il invoque le même motif : « *ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam* » (Loi unique § 15 C *De rei uxoriæ* V, XIII). C'est donc en raison de sa faiblesse que la femme est protégée par l'inaliénabilité dotale.

Quant à l'importance de la maxime *Reipublicæ interest*, et aux raisons d'ordre public, invoquées en faveur de la thèse de l'indisponibilité du fonds dotal, nous pouvons les contester. C'est à l'époque de la loi Julia, à l'époque d'Auguste, où la pratique du divorce était devenue, à Rome, presque un abus, que cette maxime fut invoquée pour la première fois. Mais certainement elle est peu probante en faveur de l'indisponibilité des immeubles dotaux, puisque la loi Julia ne rendait pas les immeubles dotaux inaliénables, mais se bornait à demander le concours de la femme à leur aliénation ; à l'époque de la loi Julia, l'inaliénabilité dotale n'existait pas encore. Nous pouvons donc affirmer que l'inaliénabilité dotale, telle qu'elle résulte des réformes de Justinien, frappe la femme d'une véritable incapacité d'aliéner ses immeubles dotaux.

C'est la même idée qui est invoquée par les auteurs de notre ancien droit. Contentons-nous de citer l'appréciation que d'Olive, un des auteurs les plus remarquables des pays de droit écrit, a donnée de la faiblesse de la

femme « à laquelle, dit-il, il importe, par une heureuse impuissance, d'être empêchée de disposer de sa constitution dotale, et qu'elle soit mise en un état dans lequel la fragilité de son sexe se trouve à couvert des séductions qu'on pourrait exercer sur son esprit, pour la porter à se dépouiller de sa dot » (1).

2. — Les travaux préparatoires du Code civil, invoqués par les partisans de la thèse de l'indisponibilité des immeubles dotaux, nous paraissent tout aussi probants en faveur de la théorie de l'incapacité de la femme dotale.

Dans le projet de la section relative aux conventions exclusives de communauté, il était déclaré que les immeubles constitués en dot ne seraient pas inaliénables (2). Lors de la discussion au Conseil d'État, Portalis, et, avec lui, les représentants des pays de droit écrit demandèrent que cette disposition du projet, qui sacrifiait absolument le régime matrimonial admis dans les provinces de droit écrit, fut modifiée. Dans ses observations, Berlier, s'opposant à l'admission du régime dotal dans notre Code, fit remarquer que l'inaliénabilité frappait la femme dotale d'une véritable incapacité civile et apportait de sérieuses entraves à la gestion de son patrimoine. Cependant, malgré la vive opposition qu'elle rencontra dans le sein du Conseil d'État, la proposition de Portalis fut acceptée et l'inaliénabilité dotale fut admise dans notre droit. Dans le projet modifié après la discussion, Berlier expliquait ainsi le principe de l'inaliénabilité : « Cette disposition du droit romain, née du désir de protéger la femme contre

(1) Œuvres liv. III, chap. 29, p. 323 et 324, édit. de 1638.

(2) Art. 138 du projet Fenet *Trav., prép. du Code civil*, t. XIII, p. 231.



sa propre faiblesse et contre l'influence de son mari, est l'un des points fondamentaux du système. »

Les mêmes idées ressortent du rapport présenté au Tribunal sur l'article 168 du projet, qui devint l'article 1554 du Code civil. Le tribun Duveyrier, dans son rapport au Tribunal, indique bien que l'inaliénabilité dotale est édictée dans l'intérêt de la femme : « C'est à l'impossibilité absolue d'aliéner le fonds dotal que la pratique du régime, qui établit cette impossibilité, attacha la conservation des biens, l'assurance des hérédités directes, la fortune des enfants, la prospérité des familles et du lustre social ».

De même, en présentant au corps législatif le vœu du Tribunal, le tribun Siméon fit observer, dans son discours, « que l'inaliénabilité de la dot a l'avantage d'empêcher qu'un mari dissipateur ne consume le patrimoine maternel de ses enfants, qu'une femme faible ne donne à des emprunts et à des ventes son consentement que l'autorité maritale obtient presque toujours, même des femmes qui ont un caractère et un courage au-dessus du commun ».

C'est donc pour protéger la femme contre les conséquences de sa faiblesse, que le législateur a admis le régime dotal dans notre Code et qu'il a déclaré la femme incapable d'aliéner ses biens dotaux.

3. — Un dernier argument, en faveur de l'incapacité de la femme dotale, est tiré des textes. Les solutions de plusieurs d'entre eux sont inconciliables avec le principe de l'indisponibilité des immeubles dotaux.

Tout d'abord, si l'article 1554 du Code civil mettait les immeubles dotaux hors du commerce, ces immeubles seraient imprescriptibles, or l'article 1561 indique qu'ils peuvent être prescrits pendant le mariage, si la prescription a commencé antérieurement.

D'autre part, comment avec la doctrine de l'indisponibilité, expliquer la solution de l'article 1558, qui, afin d'éviter la saisie des immeubles dotaux pour le paiement des dettes contractées avant le mariage, permet leur aliénation ? Si ces immeubles étaient indisponibles, ils échapperaient même à l'action des créanciers antérieurs au mariage. Avec la théorie de l'incapacité de la femme dotale, la solution de l'article 1558 se justifie aisément : l'incapacité de la femme dotale est une conséquence du régime matrimonial qu'elle a choisi ; avant son mariage, la femme avait pleine capacité et a pu valablement obliger ses biens ; le mariage ne saurait apporter aucun obstacle à l'exécution des engagements qu'elle a valablement contractés, à une époque où la dotalité n'existait pas encore.

Citons enfin l'article 1391 du Code civil modifié par la loi du 10 juillet 1850, relative à la publicité des contrats de mariage. Le paragraphe ajouté par la loi de 1850 à l'article 1391 du Code civil est ainsi conçu : « Si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée à l'égard des tiers *capable de contracter* dans les termes du droit commun ».

Sous tous les régimes matrimoniaux, autres que le régime dotal, la femme est capable de s'obliger, lorsqu'elle est autorisée par son mari. Sous le régime dotal, au contraire, la femme, même autorisée, ne peut obliger ses biens dotaux. En décidant, par la loi de 1850, que la femme, lorsqu'elle aura déclaré à l'officier de l'État civil qu'elle n'a pas fait de contrat de mariage, serait réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, le législateur n'a-t-il pas, par cela même, supposé que, dans une autre hypothèse, celle où la femme aura stipulé le régime dotal, elle serait incapable de contracter ?

On objecte que l'expression « capable de contracter », employée dans l'article 1391, modifié par la loi de 1850, n'a pas la portée que nous prétendons lui attribuer. Les travaux préparatoires de cette loi ne tranchent certainement pas la question qui nous occupe, mais l'expression « capable de contracter », rencontrée dans une loi due à l'initiative de deux jurisconsultes, MM. Demante et Valette, a certainement été employée avec le sens juridique qui lui est propre. D'ailleurs, l'argument que nous déduisons du texte de la loi de 1850, est confirmé par le rapport dû à la plume de M. Valette : « La femme dotale ne peut, sauf dans les cas exceptionnels, aliéner directement ou indirectement aucune partie de sa dot, en sorte que si elle s'est constitué en dot tous ses biens indistinctement, elle se trouve placée durant le mariage dans une sorte d'incapacité exceptionnelle, ne pouvant plus, comme sous les autres régimes, s'engager valablement avec l'autorisation et le concours de son mari » (1).

III. — Réfutation de la doctrine de l'indisponibilité des bien dotaux.  
— La femme dotale est frappée d'une incapacité spéciale.

Les partisans de la thèse de l'indisponibilité des immeubles dotaux refusent d'admettre plusieurs des conséquences auxquelles les conduit leur théorie. Citons rapidement quelques-unes d'entre elles, sans insister sur leur discussion qui trouvera sa place dans la suite de cette étude.

(1) Extrait du rapport de M. Valette à l'Assemblée nationale. — Séance du 11 juin 1850. — *Moniteur* du 17 juin.

1. Si les biens dotaux sont frappés d'indisponibilité pendant le mariage, la vente de ces biens, consentie par la femme, doit être frappée d'une nullité absolue. Cette aliénation d'immeubles mis hors du commerce a en effet manqué d'objet et la nullité doit pouvoir être invoquée par toute personne intéressée, même par l'acquéreur. Il est cependant généralement admis que l'aliénation de l'immeuble dotal consentie par la femme, pendant son mariage, est frappée d'une nullité relative et peut être ratifiée après la dissolution du mariage ; or la ratification d'un acte ne se conçoit que si cet acte est entaché d'un vice basé sur un défaut de capacité des parties.

2. Si les biens dotaux sont hors du commerce, et si leur indisponibilité est d'ordre public, ils ne peuvent être aliénés que dans les hypothèses spécialement prévues par le Code civil. Dans le cas où la femme dotale se trouve tenue de réparer le préjudice qu'elle a causé par son délit ou son quasi-délit, l'immeuble dotal indisponible ne doit même pas servir de gage au créancier victime du fait délictueux. Aucun auteur cependant n'admet cette solution, qui paraît logique dans la thèse de l'indisponibilité ; le bien dotal doit être insaisissable, quelle que soit la source de l'obligation de la femme dotale.

3. L'indisponibilité des biens dotaux ne doit pas survivre au mariage ; si la femme a pu contracter, pendant son mariage, des obligations valables, et dans la doctrine de l'indisponibilité, la femme est capable de s'obliger, le bien dotal seul étant atteint par l'inaliénabilité, ces obligations pourront être exécutées sur les biens dotaux, dès que cessera l'indisponibilité dont ils sont frappés. Or cette conséquence normale de l'indisponibilité des immeubles dotaux n'est admise que par quelques auteurs (1).

(1) Troplong, *loc. cit.*, t. IV, n° 3263.

Un savant professeur, partisan de l'indisponibilité des biens dotaux, a cependant récemment cherché à soustraire cette thèse à la conséquence que nous venons d'indiquer (1). D'après M. Mongin, le bien dotal, indisponible pendant le mariage, reste indisponible après sa dissolution pour les créanciers de la femme contemporains du mariage.

Voici comment M. Mongin arrive, dans son système, à justifier cette solution.

La formule habituellement employée pour caractériser la théorie de l'indisponibilité de l'immeuble dotal est inexacte ; on ne doit pas dire que les biens dotaux sont hors du commerce, mais on doit dire que pendant le mariage, le droit de disposer de ces biens est enlevé à la femme ; n'ayant aucun droit de disposition sur ses biens dotaux, la femme ne peut en céder aucun à ses créanciers. En d'autres termes, M. Mongin soutient que, pour conférer un droit de gage sur un bien, le débiteur doit avoir le droit d'en disposer. C'est pour cette raison que la femme dotale ne peut contracter des obligations susceptibles d'être exécutées sur ses biens dotaux qu'elle est incapable d'aliéner.

Mais l'idée sur laquelle M. Mongin fonde son explication est-elle exacte ? Est-il vrai de dire que, pour conférer à un créancier le droit de gage général de l'article 2092, il est nécessaire d'avoir le droit de disposer du bien donné en gage ?

Quelques exemples peuvent être opposés à cette assertion :

Un tuteur n'a pas le droit d'aliéner les biens du pupille,

(1) M. Mongin. *Revue critique de législation*, 1886, t. XV, p. 94.

et cependant, il confère un droit de gage valable aux créanciers envers lesquels il s'oblige dans la limite de ses pouvoirs.

De même, une femme séparée de biens ne peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner ses immeubles ; elle peut cependant conférer un droit de gage à ses créanciers, si elle s'oblige dans les limites de son droit d'administration.

D'autre part, les biens à venir d'un débiteur sont compris dans le gage général de l'article 2092 ; or, un débiteur ne peut aliéner de tels biens, il n'en est pas encore propriétaire.

M. Mongin prévoit l'objection qui résulte de cette dernière hypothèse, et la réfute de la manière suivante : L'obligation contractée par une personne peut, dans une certaine mesure, être considérée comme une aliénation éventuelle ; pour s'obliger sur un bien, il est nécessaire d'avoir le droit éventuel de l'aliéner. Dès lors, une personne peut contracter des obligations susceptibles d'être exécutées sur ses biens à venir, car elle a sur ces biens un certain droit de disposition, elle peut les donner à titre d'institution contractuelle. La femme dotale, au contraire, n'a aucun droit de disposition sur ses biens dotaux. « Privée du pouvoir d'aliéner plus complètement encore que le non propriétaire, dit M. Mongin, il est tout naturel qu'elle n'ait pas le droit d'engager l'immeuble dotal au profit de ses créanciers ; qu'un pareil droit soit frappé de nullité dans sa source » (1).

La différence établie par M. Mongin entre les droits de la femme sur ses biens dotaux et les droits qui appar-

(1) *loc. cit.*, p. 98.



tiennent à une personne sur ses biens à venir, nous paraît contestable et nous persistons à croire que les droits de la femme sur ses biens dotaux sont au moins aussi étendus que les droits que peut avoir une personne sur ses biens à venir.

Nous répondrons à M. Mongin : La femme dotale perd, en se mariant, le droit de disposition lui appartenant sur un bien dont elle est propriétaire ; après la dissolution du mariage, son droit de disposition lui est rendu. Si, comme les partisans de la théorie de l'indisponibilité des biens dotaux le reconnaissent, la femme dotale a pu, pendant son mariage, s'obliger valablement, ses biens dotaux n'étant exclus des poursuites de ses créanciers qu'en raison de leur indisponibilité ; le mariage dissous, les biens dotaux devenus de libre disposition entre les mains de la femme ne devront pas plus être exempts que le reste de son patrimoine des poursuites des créanciers envers lesquels elle se sera obligée pendant son mariage.

Il n'est pas possible pour les partisans de l'indisponibilité, quelle que soit d'ailleurs la formule par laquelle ils justifient leur doctrine, de soustraire, après la dissolution du mariage, les biens dotaux à l'action des créanciers envers lesquels la femme s'est valablement obligée. On évite au contraire cette conséquence de l'inaliénabilité, avec la doctrine de l'incapacité de la femme dotale ; les créanciers ayant reçu l'engagement de la femme, pendant le mariage, ne peuvent saisir les biens dotaux, après sa dissolution, parce que l'obligation de la femme dotale est viciée dans son origine, elle est nulle ; en ce qui concerne ses biens dotaux, la femme n'était pas capable de contracter.

Nous n'insisterons pas davantage sur les conséquences auxquelles conduit la théorie d'après laquelle l'inaliénabi-

lité n'est autre chose qu'une indisponibilité réelle et momentanée des biens dotaux. Qu'il nous suffise de remarquer que les conséquences logiques de l'idée d'indisponibilité ne sont pas admises par ses partisans. N'est-ce pas le meilleur argument à invoquer en faveur de la thèse de l'incapacité de la femme dotale ?

Admettons donc, en concluant, que par l'adoption du régime dotal, la femme devient incapable d'aliéner ses biens dotaux et de les donner en gage à ses créanciers.

L'inaliénabilité dotale est fondée sur des considérations tirées de la personne de la femme et non sur une raison d'être des biens dotaux. Lorsqu'elle adopte le régime dotal, la femme avoue sa propre faiblesse, elle se met en garde contre l'influence que le mari pourra exercer sur elle, pendant le mariage ; ce n'est pas en raison de leur utilité ou de leur nature que les immeubles dotaux sont inaliénables, c'est en raison de l'inexpérience de la femme. En fait, une femme mariée s'oblige pour son mari, sans trop prévoir les conséquences possibles de l'obligation qu'elle consent, le législateur la protège en mettant ses biens dotaux en dehors de l'atteinte de ses créanciers.

Sans doute, on doit reconnaître qu'une incapacité, limitée à certains actes et relative à une partie seulement du patrimoine, coexistant chez une personne avec le principe d'une pleine capacité, paraît étrange. Remarquons que le législateur n'a pas supposé une faiblesse constante et générale chez la femme mariée, autrement il l'eût frappée d'une complète incapacité, il eût maintenu dans son intégrité la législation de Justinien, en faisant de l'inaliénabilité une institution d'ordre public à l'application de laquelle il eût été impossible de se soustraire, il eût fait du régime dotal le régime de droit commun. Cette fai-

blesse, le législateur ne la suppose pas, il constate qu'elle peut exister et permet à la femme, qui se défie d'elle-même, de se rendre incapable de compromettre sa dot.

La doctrine de l'incapacité de la femme dotale a soulevé de nombreuses objections et recueilli de nombreux suffrages. Une critique lui a été adressée par M. Mongin dans la savante dissertation que nous avons citée. M. Mongin trouve l'idée de l'incapacité de la femme dotale très périlleuse, il attribue à cette idée la paternité de certaines stipulations parfois insérées dans les contrats de mariage et dont la jurisprudence a récemment proclamé la nullité. Nous aurons, à la fin de cette étude, à examiner la valeur de ces clauses ; contentons-nous de dire ici que, dans certains contrats de mariage soumis à l'interprétation de la jurisprudence, la femme, après avoir adopté un régime matrimonial autre que le régime dotal, avait stipulé qu'elle serait, pendant le mariage, complètement incapable soit d'accomplir tel ou tel acte, par exemple de cautionner son mari, soit d'une manière générale, de s'obliger. Par de telles clauses, la femme augmentait l'incapacité résultant pour elle de l'adoption du régime dotal, puisque, sous ce régime, elle est incapable seulement en ce qui concerne ses biens dotaux, elle ressuscitait ainsi l'ancienne incapacité Velléienne. La jurisprudence, après quelques hésitations, a refusé de valider de telles stipulations. C'est l'idée de l'incapacité de la femme dotale, qui, de l'avis de M. Mongin, avait conduit à la rédaction de ces clauses. Mais, cette assertion fût-elle exacte, on ne doit pas conclure de ce que quelques praticiens ont cru pouvoir exagérer les effets de l'incapacité dont la femme est atteinte sous le régime dotal et créer une incapacité concernant non plus les biens mais la personne de la

femme, que la doctrine de l'incapacité de la femme dotale soit basée sur une idée fausse ; on ne juge pas une doctrine d'après les erreurs d'interprétation qu'elle a pu faire naître.

---

## CHAPITRE II

### DE L'APPLICATION A LA DOT MOBILIÈRE DE LA RÈGLE DE L'INALIÉNABILITÉ DOTALE.

Quelle est l'étendue de l'incapacité de la femme mariée sous le régime dotal ? Cette incapacité s'applique-t-elle à tous les biens composant la fortune de la femme, à sa dot mobilière comme à sa dot immobilière ? C'est là une question importante et très vivement discutée, qui a été, en doctrine et en jurisprudence, le sujet d'une controverse passionnée. Il sortirait du cadre de notre travail de l'étudier longuement, nous ne pouvons cependant la laisser sans solution : la capacité de la femme, en ce qui concerne sa dot mobilière, est restreinte par l'adoption du régime dotal ; la jurisprudence étend en effet aux meubles dotaux la règle de l'inaliénabilité. Examinons la portée pratique de cette restriction et les motifs sur lesquels elle est fondée.

Le législateur du Code civil n'a fait aucune allusion au caractère de la dot mobilière de la femme mariée sous le régime dotal. Son silence à cet égard ne doit pas nous surprendre : à l'époque de la rédaction du Code, les fortunes consistaient surtout en immeubles, les valeurs mobilières étaient peu nombreuses et l'on ne pouvait prévoir l'extension considérable qu'elles devaient prendre dans le cours de ce siècle. Aujourd'hui la fortune mobilière tient une large place dans tous les patrimoines et les constitu-

tions de dot ont le plus souvent pour objet des espèces ou des valeurs mobilières : titres de créances sur particuliers ou sur l'Etat, actions et obligations émises par les sociétés financières et industrielles. La question de l'extension à la dot mobilière de l'inaliénabilité que le législateur semble n'avoir édictée que pour les immeubles est donc absolument à l'ordre du jour ; montrons d'abord quelle est son importance.

Envisagée par rapport à la femme, et c'est le seul point de vue qui nous intéresse, l'inaliénabilité a pour effet de ne pas lui permettre de disposer de sa dot.

Une distinction est ici nécessaire.

La dot mobilière de la femme peut consister en argent, en choses fongibles ou en meubles estimés par le contrat de mariage : le mari devient alors propriétaire de la dot, il ne peut être question pour la femme de l'aliéner, elle n'a qu'un droit de créance contre son mari.

Ce droit de créance a été protégé par le législateur avec une véritable faveur, il est assuré par une hypothèque légale sur les biens du mari. Cette garantie hypothécaire est très sûrement nuisible au crédit du mari, les tiers hésiteront à accepter ses engagements, s'ils prévoient que, sur les immeubles de leur débiteur, les droits de la femme primeront ceux qui leur seront conférés. Aussi la pratique a-t-elle depuis longtemps cherché à éviter l'obstacle que l'existence de l'hypothèque légale oppose aux transactions, elle a imaginé une convention que le législateur n'a pas spécialement prévue et dont l'usage est fréquent aujourd'hui : la femme mariée cède au créancier de son mari soit l'hypothèque légale qui lui appartient, soit le rang de cette hypothèque ou renonce en sa faveur à ses droits hypothécaires ; ces divers actes sont généralement



désignés d'un mot : la femme subroge au bénéfice de son hypothèque légale.

Si, sous le régime dotal, la dot mobilière de la femme est inaliénable, la femme ne pourra aliéner l'accessoire de cette dot, l'hypothèque légale qui garantit le paiement de sa créance dotale; elle ne pourra subroger à son hypothèque légale.

La dot mobilière de la femme peut, en second lieu, consister en meubles corporels, auxquels il n'aura pas été donné d'estimation dans le contrat de mariage, ou en meubles incorporels également non estimés; la femme conservera la propriété de ces meubles, le mari en aura l'administration et la jouissance. Dans cette seconde hypothèse, si la dot est inaliénable, la femme ne pourra consentir ni une aliénation directe, ni une aliénation indirecte de sa dot en la donnant en gage à ses créanciers.

Trois théories ont été émises sur la nature de la dot mobilière sous le régime dotal; nous indiquerons, en passant, les deux explications extrêmes, nous ne saurions apporter aucun argument nouveau à la liste déjà longue de ceux qui ont été invoqués à l'appui de chacune d'elles; nous insisterons plus longuement sur la thèse de la jurisprudence, sur les motifs qui l'ont fait naître, et sur ses conséquences.

## SECTION I

### DOCTRINES DE L'ALIÉNABILITÉ ET DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE

#### § I. — Doctrine de l'aliénabilité de la dot mobilière.

D'après de nombreux auteurs, la dot mobilière de la femme mariée sous le régime dotal est *aliénable*, la

femme peut consentir une subrogation à son hypothèque légale et aliéner les meubles dotaux dont elle est restée propriétaire.

Résumons brièvement les arguments généralement invoqués à l'appui de cette théorie.

Le droit romain, d'où nous vient le régime dotal, n'a connu que l'inaliénabilité des immeubles dotaux. La loi Julia n'était relative qu'au *prædium dotale*. Gaius l'atteste dans ses commentaires (lib. II, 63) et Justinien le répète aux Institutes (lib. II, t. 8, pr.). Le titre du Digeste, qui se rapporte à l'inaliénabilité dotale, est intitulé « *De fundo dotali* ». A l'époque classique et jusqu'à Justinien, la femme dotale a pu disposer librement de sa créance contre son mari et même, dans la législation de Justinien, on peut conjecturer que la femme n'était pas incapable de renoncer à son hypothèque légale et qu'il lui était seulement interdit de renoncer à l'hypothèque lui appartenant sur le fonds dotal (1).

En pénétrant dans notre ancien droit, les principes du droit romain ne furent pas partout rigoureusement appliqués; la plus grande divergence existait entre les solutions données par les Parlements des pays de droit écrit sur la question de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Mais en admettant même que, dans notre ancienne jurisprudence, la plupart des Parlements se soient prononcés en faveur de l'extension à la dot mobilière de l'inaliénabilité des immeubles dotaux, il n'est pas prouvé que les rédacteurs du Code civil aient adopté, sur ce point, la même doctrine. Le régime dotal, après avoir été exclu du premier projet du Code civil, n'y a trouvé place que sur

(1) Demangeat, *De la condition du fonds dotal*, p. 35 et 28.

les vives instances des représentants des provinces du Midi, il est donc permis de penser que le législateur n'a accepté la dotalité que dans la mesure la plus restreinte, et n'a pas entendu appliquer aux meubles la règle de l'inaliénabilité que le droit romain n'avait admise que pour les immeubles. Cette idée trouve un sérieux appui dans le silence même gardé par le législateur sur la question de l'application à la dot mobilière du principe de l'inaliénabilité.

Nous n'insisterons pas sur les arguments de texte invoqués par les partisans de l'aliénabilité absolue de la dot mobilière. Observons seulement que l'article 1554, posant le principe de l'inaliénabilité dotale, n'est relatif qu'aux immeubles dotaux et que le titre de la section du Code civil, dans lequel le législateur traite de l'inaliénabilité, est intitulé : « Des droits du mari sur les biens dotaux et de l'inaliénabilité du fonds dotal ».

L'inaliénabilité d'un bien étant contraire au droit commun, et, dans une certaine mesure, à l'ordre public, ne doit résulter que d'un texte formel, or aucun article du Code civil n'a édicté l'inaliénabilité des meubles dotaux.

De nombreuses critiques ont été adressées à la doctrine de l'aliénabilité de la dot mobilière. Si cette dot est aliénable, dit-on, le régime dotal est incomplet, il laisse sans protection la partie souvent la plus importante de la fortune de la femme.

Remarquons qu'il ne s'agit pas ici de savoir quel système serait préférable en législation et offrirait pour les intérêts de la femme les plus grands avantages, mais quelle doctrine a été celle des rédacteurs du Code civil. Or, il paraît certain que le législateur de 1804 a voulu surtout protéger les immeubles, qui constituaient à l'épo-

que de la rédaction du Code, la partie la plus considérable de la fortune publique. En édictant le principe de l'inaliénabilité, le législateur a subi l'influence de la maxime : *Vilis mobilia possessionis*. » Le régime dotal de notre droit est celui qu'ont admis les jurisconsultes romains en vue des besoins de leur époque ; ce régime peut être impuissant à protéger aujourd'hui la dot mobilière de la femme dotale, mais il ne nous appartient pas de le modifier, si les rédacteurs du Code civil lui ont donné la préférence.

La dot mobilière de la femme mariée sous le régime dotal est donc aliénable, mais à qui appartiendra le droit de l'aliéner ? Sur ce point, les partisans de cette première théorie se divisent. Les uns donnent au mari seul le droit d'aliéner la dot, soit en vertu du droit de propriété qui lui appartient sur les meubles dotaux (1), soit parce qu'il est, en vertu du contrat de mariage, mandataire de la femme avec de larges pouvoirs (2). Les autres soutiennent avec plus de raison, à notre avis, que la dot ne peut être aliénée que par la femme autorisée du mari (3).

## § II. — Doctrine de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Une seconde théorie compte de nombreux partisans ; elle décide que la dot mobilière de la femme est, en principe, inaliénable et applique aux meubles dotaux la règle de l'article 1554.

La principale conséquence de cette doctrine est de rendre

(1) Troplong, t. IV, n° 3102, 3104.

(2) Marcadé, sur l'article 1554, n° 2.

(3) Colmet de Santerre, t. VI, n° 233 *bis*, n° 31.

la femme dotale incapable de compromettre d'aucune manière la restitution de ses reprises, de céder sa créance contre son mari et de subroger à son hypothèque légale.

Indiquons sommairement les arguments invoqués en faveur de cette seconde doctrine.

Si, à Rome, la loi Julia n'a édicté l'inaliénabilité que pour le fonds dotal, l'ensemble des incapacités dont la femme était frappée constituait pour elle un moyen de protection des plus efficaces. On peut affirmer que si la dot mobilière de la femme était aliénable, les entraves qui étaient apportées à cette aliénation, modifiaient en quelque sorte le caractère de l'aliénabilité.

Dans notre ancien droit, la doctrine romaine n'était pas suivie, et il était généralement admis que la femme ne pouvait ni aliéner ses biens mobiliers ni les donner en gage à ses créanciers ; c'est là un point sur lequel on n'élève plus aujourd'hui aucun doute.

L'ordonnance de 1664, abrogeant pour diverses provinces la règle de l'inaliénabilité, telle qu'elle résultait de la loi Julia, s'applique, d'après son texte même, que nous avons cité, à la dot mobilière comme aux immeubles dotaux.

Quel a été le but du législateur du Code civil en admettant le régime dotal dans notre droit ? Il suffit de consulter les travaux préparatoires du Code pour s'en convaincre : il a voulu admettre le régime dotal tel qu'il était pratiqué dans notre ancienne jurisprudence. C'est ce qu'a affirmé Duveyrier dans son rapport au Tribunat : « La propriété de la dot, a-t-il dit, reste à la femme, mais le droit de disposer demeure suspendu parce que la dot est inaliénable. Cette inaliénabilité forme le caractère distinctif du régime dotal. C'est par elle qu'il développe ses plus grands avantages... Aussi les pays de droit écrit avaient-ils génè-

ralement admis cette règle et les Parlements s'accordaient-ils sur l'application au point de déclarer nulles après la dissolution du mariage et sur la demande de la femme, les aliénations de la dot qu'elle avait faites elle-même ou consenties. Le projet de loi conserve dans toute sa rigueur cette règle première et essentielle du régime dotal » (1). Les mêmes idées ont été émises par le tribun Albisson et par le tribun Siméon dans son discours au Corps législatif (2). Il ressort de toute la discussion du titre du régime dotal qu'on a voulu admettre dans notre Code civil le régime qu'avaient connu et pratiqué les provinces du Midi.

On oppose à la thèse de l'inaliénabilité de la dot mobilière divers textes du Code civil qui ne font allusion qu'à l'inaliénabilité des immeubles dotaux. On cite en ce sens la rubrique de la section consacrée à l'inaliénabilité intitulée: « De l'inaliénabilité du fonds dotal ». Mais cette expression désigne-t-elle uniquement l'immeuble dotal? Dans notre langue, le mot fonds n'a pas le même sens restreint qu'avait le mot latin *fundus* ; il s'applique aussi bien à un capital mobilier qu'à un immeuble.

D'autre part, la rédaction de l'article 1554, d'après lequel « les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés et hypothéqués pendant le mariage », n'est pas contraire à l'inaliénabilité des meubles dotaux. Il est tout naturel que dans un texte où il prohibe l'aliénation et l'hypothèque, le législateur n'ait appliqué cette prohibition qu'aux immeubles, eux seuls pouvant être hypothéqués.

1) Locré, t. XIII, p. 386.

(2) *Id.* t. XIII, p. 386 et 471.



On observe, enfin, en faveur de l'inaliénabilité de la dot mobilière, que cette dernière doctrine seule protège les intérêts de la femme, puisqu'elle étend les garanties propres au régime dotal à toute sa fortune. « Aujourd'hui que les dots ne consistent généralement qu'en des valeurs mobilières, disent MM. Rodière et Pont, aujourd'hui que l'abrogation du sénatus-consulte Velléien permet aux femmes de s'obliger par des cautionnements aussi bien que de toute autre manière, le principe de l'inaliénabilité restreint aux seuls immeubles ferait du régime dotal une véritable déception pour les femmes et pour leur famille à qui ce régime semble garantir la conservation de la dot qu'il ne pourrait presque jamais assurer » (1).

Tels sont résumés brièvement les principaux motifs habituellement invoqués à l'appui de la doctrine de l'inaliénabilité de la dot mobilière qu'adoptent de nombreux auteurs (2).

Les partisans de cette thèse n'en admettent pas avec la même rigueur toutes les conséquences. Sa stricte application rendrait, il est vrai, l'administration de la dot difficile sinon impossible.

MM. Rodière et Pont font à la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière une concession importante. Ils donnent au mari le droit de céder les créances dotales, lorsque cette cession consiste en un acte d'administration, ou lorsque, constituant un acte d'aliénation, elle est sans préjudice pour la femme. Cette concession faite à la thèse adverse n'est-elle pas l'abandon de l'idée de l'inaliénabilité ?

L'impossibilité pratique de l'administration de la dot

Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, t. III, n° 1772.

(2) Rodière et Pont, Tessier, Toullier, Dalloz, Bellot des Minières, Benoît, Rolland de Villargues.

mobilière de la femme dotale, est la conséquence de la doctrine de l'inaliénabilité. Ce résultat n'a pas échappé à la jurisprudence qui s'est efforcée de l'éviter, au risque de se mettre en contradiction avec les principes et les textes.

**§ III. — Influence sur la capacité de la femme des deux doctrines exposées.**

I. — Si la dot mobilière est aliénable, la femme a la capacité d'en disposer librement, l'adoption du régime dotal n'entraîne plus qu'une incapacité relative aux immeubles dotaux.

La dot mobilière consiste-t-elle en une créance contre le mari ? La femme peut céder sa créance à un tiers et subroger à son hypothèque légale.

La dot comprend-elle des meubles corporels ? La femme peut les aliéner à titre gratuit ou onéreux, et consentir relativement à ces meubles tous actes de disposition.

Si la dot comprend des créances, des valeurs nominatives, la femme pourra les céder et les transférer valablement.

Enfin la dot mobilière sera le gage de tous les créanciers de la femme, qu'ils aient reçu son engagement avant son mariage ou pendant sa durée. L'adoption du régime dotal n'apportera plus, en ce qui concerne les meubles dotaux, aucune exception au principe général de l'article 2092.

Cette première doctrine dont les conséquences sont graves laisse sans protection la partie souvent la plus importante de la fortune de la femme.

A côté de ses inconvénients, la doctrine de l'aliénabilité a ses avantages : elle est favorable au mouvement des

échanges, elle met dans la circulation une partie notable des biens de la femme, ses créances, ses valeurs industrielles ; elle rend à la femme sa capacité de s'obliger, lui permet de s'associer aux spéculations du mari et de lui prêter son crédit.

La théorie de l'aliénabilité de la dot mobilière est celle qui résulte le plus nettement des textes du Code civil, c'est celle qu'a consacrée le législateur de notre droit.

II. — Les effets sur la capacité de la femme de la doctrine de l'inaliénabilité de la dot mobilière peuvent se résumer d'un mot : la femme est incapable de disposer en aucune manière de sa dot mobilière, qu'elle consiste en meubles dont elle a conservé la propriété ou qu'elle se résume en une créance contre le mari.

Cette seconde théorie est, dans son application, dangereuse pour la femme. Les valeurs mobilières, qui occupent aujourd'hui une large place dans tous les patrimoines, sont soumises par leur nature même à des chances fréquentes d'altération et de perte, elles ne constituent un mode de placement avantageux qu'autant qu'elles sont facilement et rapidement transmissibles. Comprend-on qu'une femme, mariée sous le régime dotal, soit condamnée en vertu même de ses conventions matrimoniales, à conserver, pendant toute la durée de son mariage, les valeurs mobilières qu'elle a apportées en dot, et qu'elle ne puisse s'en dessaisir, alors même qu'une dépréciation serait imminente !

Les partisans les plus convaincus de l'idée de l'inaliénabilité de la dot mobilière n'admettent pas, nous l'avons reconnu, les conséquences auxquelles une logique rigoureuse paraît les conduire. Ils font à la thèse de la jurisprudence de nombreuses concessions et abandonnent en

quelque sorte leur doctrine trop absolue pour accepter l'opinion que consacrent les arrêts, et dont nous abordons immédiatement l'examen.

## SECTION II

THÉORIE DE LA JURISPRUDENCE. — SA JUSTIFICATION ET SES CONSÉQUENCES AU POINT DE VUE DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME.

La jurisprudence a créé de toutes pièces, à propos de l'inaliénabilité de la dot mobilière de la femme mariée sous le régime dotal, une doctrine qui jouit devant nos tribunaux de l'autorité de la loi.

La jurisprudence admet en principe que la dot mobilière est *inaliénable*. Mais cette formule ne doit pas être prise à la lettre et voici le sens qui lui est attribué : la dot mobilière est *inaliénable pour la femme seulement, le mari a le droit de l'aliéner seul*. Ce que la femme ne peut aliéner, c'est l'action en reprises qui lui est donnée pour la restitution de sa dot, elle ne peut *subroger à son hypothèque légale*.

La Cour de Cassation a affirmé sa doctrine par de très nombreuses décisions. Un arrêt du 12 août 1846 contient la formule exacte de son opinion : « Si d'après les dispositions du Code civil sur le régime dotal, la dot mobilière « est inaliénable comme la dot immobilière, il s'en suit « seulement que la femme même autorisée par son mari, « ne peut aliéner ni directement ni indirectement les « droits qui lui sont assurés par la loi pour la conservation de sa dot. Ces droits, quant à la dot mobilière, « lorsque le mari a usé de la faculté d'en disposer, con-

« sistent dans un recours contre le mari, recours garanti  
« par l'hypothèque légale et auquel la femme pendant le  
« mariage ne peut renoncer. Cette créance dotale contre  
« le mari ne peut être aliénée ni par le mari ni par la  
« femme ni par les deux conjointement (1). »

Les conséquences de la théorie de la jurisprudence sur la capacité de la femme dotale ont été résumées avec précision par la Cour suprême dans un arrêt du 13 janvier 1874 : « Le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière,  
« qui ne porte aucune atteinte au pouvoir conféré au mari  
« de disposer de cette dot, sauf les restrictions qui peuvent  
« y avoir été apportées par les conventions matrimoniales,  
« n'a d'autre effet à l'égard de la femme dotale que de lui  
« interdire de s'obliger personnellement sur sa dot, d'a-  
« liéner ses reprises envers son mari et de renoncer à  
« son hypothèque légale ainsi qu'à toute autre garantie  
« stipulée par son contrat de mariage pour la conservation  
« de sa dot (2). »

Ainsi, d'après la jurisprudence, la dot mobilière est inaliénable pour la femme, mais le mari conserve le droit d'en disposer. Les principes et les textes autorisent-ils une telle atteinte à la capacité de la femme et une telle extension des pouvoirs du mari ?

La doctrine admise par la Cour de Cassation est conforme à l'opinion qu'ont acceptée, dans notre ancienne jurisprudence, la plupart des Parlements des pays de droit écrit ; peut-être cette raison suffit-elle à expliquer l'empressement avec lequel les cours d'appel du Midi ont accueilli

(1) Sirey. 1846, 1, 608.

(2) Sirey. 1874, 1, 160. — Comp. Cass. 12 nov. 1879. Sir. 79, 1, 335.  
— Cass. 27 avril 1880. Sir. 80, 1, 360.

cette doctrine à sa naissance. Mais, dans notre ancien droit comme dans le droit romain, le mari était propriétaire de la dot et, à ce titre, pouvait en disposer librement.

Dans notre droit actuel, on n'ose plus soutenir, en présence des textes contraires du Code civil, que le mari est propriétaire de la dot. La Cour de Cassation, après avoir reconnu, dans ses premiers arrêts (1), l'existence d'un droit de propriété au profit du mari, a, depuis longtemps, abandonné ce terrain trop difficile à défendre et cherché à appuyer sa doctrine sur une autre base.

Elle décide aujourd'hui que le droit de disposition qu'elle accorde au mari sur la dot mobilière est une conséquence des pouvoirs d'administration qui lui sont conférés par l'article 1549 : « Le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs, d'en percevoir les fruits et les intérêts et de recevoir le remboursement des capitaux. » Mais le droit d'administrer un bien mobilier comprend-il le droit d'en disposer ?

« Les droits du mari sur la dot, dit la Cour de Cassation, « excèdent les limites dans lesquelles se circonscrit la « sphère d'action d'un administrateur ordinaire ou même « d'un usufruitier ; le mandat, qui lui est exclusivement « conféré par la disposition de l'article 1549, lui attribue « les actions dotales et ne comporte d'autres restrictions « que celles expressément établies par les dispositions « subséquentes de la même section (2). » La cour considère que le droit accordé au mari de poursuivre les débiteurs de deniers dotaux comprend le droit de disposer de la

(1) Cass. 1<sup>er</sup> février 1819, Sir. 1819, 1, 146.

(2) Cass. 6 décembre 1859, Sir. 1860, 1, 644.



dot ; c'est là une déduction des plus contestables. Le mari (art. 1549) a le mandat d'administrer les biens dotaux ; or le mandataire à l'effet d'administrer ne peut consentir aucun acte d'aliénation (art. 1988).

Nous n'insisterons pas sur les contradictions qui peuvent être opposées à la jurisprudence. Elle refuse au mari, sous le régime de la communauté, le droit de disposer seul des meubles réservés propres par la femme ; il en est cependant l'administrateur. Et qu'on ne soutienne pas que le droit pour le mari d'exercer seul les actions dotales lui permet de disposer de la dot. Le droit de poursuivre les débiteurs de la femme est un simple acte d'administration. Bien différent est le droit de céder une créance, de transférer une valeur de bourse, ce sont là des actes qui dépassent les limites de l'administration et pour lesquels le consentement de la femme est nécessaire ; la jurisprudence exige ce consentement lorsqu'il s'agit de la cession d'une créance propre à la femme commune en biens, il n'existe aucune raison de décider autrement en ce qui concerne les créances de la femme dotale.

Le système de la jurisprudence, sous prétexte de protéger la dot mobilière de la femme dotale, la met complètement à la discrétion du mari. Sans doute, et les arrêts insistent généralement sur ce point, la femme trouve une compensation au pouvoir de disposition accordé au mari dans l'hypothèque légale qui garantit sa créance en reprises contre lui et dans l'impossibilité pour elle de renoncer à cette hypothèque. Mais si le mari est insolvable et sil n'a pas d'immeubles, le sort de la créance de la femme est compromis.

Le système de la jurisprudence est à bon droit considéré comme ne suffisant pas à protéger la dot de la femme,

qui, sous le régime dotal, dont le nom seul éveille l'idée de protection, reste exposée, plus que sous aucun autre, à tous les hasards de la fortune du mari. Aussi a-t-on pu dire avec raison : « Un père n'osera plus marier sa fille sous le régime dotal, s'il n'a qu'une dot mobilière à lui donner (1). »

Les auteurs sont unanimes à constater que la jurisprudence, sur la question de la dot mobilière de la femme dotale, n'applique pas la loi et a fait œuvre législative. De nombreuses réformes sont proposées, nous nous dispenserons de discuter les divers projets qui ont été présentés. On est allé jusqu'à demander qu'un trait de plume soit passé sur le chapitre du régime dotal (2).

Nous ne critiquerons pas plus longuement la thèse de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière, ce serait ressusciter ici une vieille querelle de l'École et du Palais, le sujet manquerait d'actualité. Cherchons les motifs qui ont fait naître la doctrine de la jurisprudence et ceux qui la justifient. Deux formules caractérisent cette théorie :

1<sup>o</sup> Le mari peut disposer seul des meubles appartenant à la femme. Ici la jurisprudence donne aux pouvoirs du mari une extension exagérée ; le Code civil réclame le consentement de la femme à l'aliénation de ses meubles, de ses valeurs mobilières dotales.

2<sup>o</sup> L'action en restitution de la dot est inaliénable ; la femme dotale est incapable de subroger à son hypothèque légale. Là, dans un but de protection pour la femme, la jurisprudence a innové ; le Code civil n'a édicté l'inaliénabilité que pour les immeubles.

(1) M. Bellot des Minières ; Dalloz, 1852, 2, 57.

(2) M. Homberg, *Des abus du régime dotal*.

La jurisprudence, la chose est évidente, viole ouvertement la loi ; nous sommes même tenté de croire qu'elle a la plus entière conscience de l'erreur d'interprétation qu'elle commet. Le mari d'une femme dotale, disent les arrêts, puise dans l'article 1549 le droit de disposer des meubles et des valeurs mobilières de la femme. Cet article, il est vrai, ne se rapporte qu'à l'administration de la dot, mais, ajoute-t-on, le droit d'administrer des valeurs comprend le droit de les transférer, de les remplacer par d'autres, en un mot d'en disposer. On arrive ainsi à créer au profit du mari un droit absolu de disposition. On juge nécessaire cette solution contraire au principe du Code ; pour lui trouver un appui dans la loi, on étend démesurément la portée d'un texte.

La femme mariée sous le régime dotal, disent en second lieu les arrêts, est incapable de subroger à son hypothèque légale. Cette incapacité ne résulte d'aucun article du Code civil, mais on la juge indispensable aujourd'hui que les meubles et notamment les valeurs mobilières ont pris dans les fortunes privées une place peut-être plus importante que celle qu'y occupent les immeubles. L'hypothèque légale étant destinée à assurer à la femme la restitution de sommes parfois considérables, doit être inaliénable.

On attaque vivement la jurisprudence, elle fait la loi au lieu de l'appliquer. La jurisprudence, à notre avis, trouve dans les faits sa justification : « Elle obéit, dit M. Laurent, aux exigences d'un état social qui diffère entièrement de la société romaine. Notre société est devenue commerçante et industrielle : la richesse mobilière presque inconnue des Romains, prend une importance tous les jours croissante ; il en résulte que les dots mobilières sont la règle et les dots immobilières l'exception. Le régime romain ne suffit

donc plus pour garantir les intérêts de la femme ; si l'on veut maintenir le régime dotal, il faut étendre l'inaliénabilité à la dot mobilière. C'est ce qu'a fait la jurisprudence : le législateur avait seul le droit de le faire (1). »

Le droit en effet se développe aujourd'hui au milieu de la pratique et des faits. Lorsque l'état social change, les lois elles-mêmes doivent changer. Un vieil adage nous revient à la mémoire : « Les affaires, a dit un philosophe, ne se font pas en vue des lois, mais les lois se font en vue des affaires (2). » Le régime auquel le législateur de 1804 a soumis la dot mobilière de la femme dotale ne répond plus aux besoins de notre époque. La jurisprudence a compris, en présence du développement considérable de la fortune mobilière, qu'une même réglementation s'imposait pour les deux catégories de biens que possédait une femme dotale. Les dispositions du législateur sont incomplètes en ce qui concerne la dot mobilière, la jurisprudence les a complétées en déclarant inaliénables l'action en restitution de la dot et l'hypothèque qui en forme la garantie. Elle a obéi en cela à une tendance que nous trouvons très caractérisée dans un grand nombre de ses décisions et qui consiste à créer en faveur de la famille diverses mesures de protection que le législateur n'a pas songé à édicter pour elle, à lui réserver un patrimoine, en cas de revers de fortune.

Il existe, dans notre droit, à côté des règles établies dans nos codes, une législation prétorienne, créée en vue de besoins que le législateur n'a pas connus. Cette législation de faveur est le résultat des efforts de la jurisprudence,

(1) Principes de droit civil. T. XXIII, n° 541.

(2) Théophraste. Edit. Didot. Fragm. CVI.

elle est en harmonie avec nos mœurs et se développe parallèlement aux nécessités de la pratique. Les principes de ce droit prétorien, mobile, progressif, pourraient être nettement définis ; la doctrine de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière est une de ses principales applications.

Les solutions de la jurisprudence sur la question de la dot mobilière semblent désormais inébranlables. Cependant leur application rencontre en pratique de vives résistances. La jurisprudence permet au mari d'une femme dotale de vendre seul les valeurs mobilières portant l'empreinte de la dotalité, mais l'agent de change lui refuse ses services. Il y a conflit permanent entre les solutions de la jurisprudence et la pratique des négociations. La plupart des sociétés financières et industrielles ne consentent pas à transférer les valeurs mobilières dotales sans exiger le consentement de la femme. Elles se heurtent en cela à de fréquentes difficultés et s'exposent à de nombreuses instances, mais elles persistent néanmoins dans leurs exigences, elles cherchent à se mettre ainsi en garde contre les revirements possibles de la jurisprudence.

D'ailleurs, une législation spéciale a statué dans le sens que nous indiquons. L'article 163 du décret du 24 août 1793 relatif au Grand Livre de la Dette publique exige, pour le transfert des rentes sur l'État appartenant à une femme mariée et sans distinction du régime matrimonial auquel elle est soumise, une déclaration du mari et de la femme. De même, les actions de la Banque de France ne peuvent être transférées que moyennant une déclaration du véritable propriétaire.

Quelles restrictions à la capacité de la femme dotale résultent de la doctrine de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière ?

La femme n'a, pendant le mariage, aucun droit de contrôle sur les actes que le mari peut consentir relativement à sa dot mobilière, elle ne peut s'opposer à la cession de ses créances dotales.

L'impossibilité de consentir aucun acte susceptible de compromettre la restitution de sa dot mobilière est la seule restriction qu'apporte la théorie de la jurisprudence à la capacité de la femme. « Pour la femme dotale, dit la Cour « de Cassation, la règle de l'inaliénabilité, quant à la dot « mobilière, se traduit dans l'impuissance légale de renon- « cer, même avec l'autorisation de son mari, aux créances « résultant pour elle de la responsabilité encourue par « celui-ci dans l'exercice du pouvoir d'administration qui « lui appartient (1). »

Les conséquences du principe formulé par la Cour suprême sont les suivantes :

La femme dotale est incapable de céder sa créance contre son mari et de subroger à l'hypothèque légale garantissant le paiement de ses reprises, de renoncer à cette hypothèque, de consentir une cession d'antériorité à ses droits hypothécaires (2) ;

Elle ne peut recevoir le paiement des sommes dotales qui lui sont dues, le paiement qui lui serait fait ne serait pas libératoire (3) ;

Elle ne peut consentir, relativement à ses droits mobiliers dotaux, ni transaction, ni compromis (4) ;

(1) Cass. 6 décembre 1859. Sir. 60, 1, 644.

(2) Cass., 3 février 1879, Sir. 79, 1, 353. — Cass., 27 avril 1880, Sir. 80, 1, 360. — Nîmes, 11 janvier 1882, Sir 82, 2, 137. — Cass., 6 décembre 1882, Sir. 84, 1, 27 et 3 décembre 1883, Dalloz, 84, 1. 334.

(3) Cass., 23 août 1854, Sir. 53, 1, 104. — Cass., 12 janvier 1857, Sir. 57, 1, 349.

(4) Cass., 23 août 1865, Sir. 65, 1, 398.



Elle ne peut donner mainlevée des inscriptions hypothécaires garantissant le paiement de ses créances dotales, tant que le remboursement n'est pas opéré, ni acquiescer aux jugements prononçant la radiation de ces inscriptions (1);

Elle ne peut se dessaisir de sa dot mobilière même par voie de partage d'ascendant que pour l'établissement de ses enfants; le partage d'ascendant lui est interdit, si ses enfants ont été précédemment dotés par elle (2);

Elle ne peut enfin donner sa dot mobilière en gage aux créanciers envers lesquels elle s'obligera pendant le mariage (3).

Nous ne donnerons pas une énumération des actes que la jurisprudence autorise le mari à consentir, relativement à la dot mobilière de la femme, nous avons dit qu'elle lui reconnaissait le droit absolu de disposer de la dot à titre onéreux. Les plus graves dangers résultent pour la femme de la doctrine de la jurisprudence; aussi, le plus souvent, lorsqu'elle adopte le régime dotal, la femme se prémunit contre les conséquences inébranlables de la théorie de la jurisprudence et restreint, dans d'étroites limites, le pouvoir de disposition accordé au mari. Elle stipule, dans ce but, l'obligation pour le mari de faire emploi, en immeubles ou en valeurs mobilières, de toutes les sommes dotales qu'il recevra pendant le mariage. On peut affirmer qu'aujourd'hui, dans la plupart des contrats de

(1) Grenoble, 8 mars 1834, Sir. 34, 2, 446. — Rouen, 8 février 1842, Sir. 42, 2, 271. — Boulanger, *Traité des radiations hypothécaires*, t. 1, p. 265.

(2) Cass., 13 avril 1864, Sir. 64, 1, 174. — Caen, 11 juin 1869, Sir. 70, 2, 36.

(3) Rennes, 4 mars 1880, Sir. 81, 2, 265. — Cass., 14 février 1884, Sir. 86, 1, 123.

mariage contenant adoption du régime dotal, les conséquences de la thèse de la jurisprudence sont évitées par l'insertion de la clause d'emploi et de remploi que l'on peut considérer comme le complément habituel et indispensable de la stipulation de dotalité.

---

## CHAPITRE III

### DE L'INFLUENCE DE L'INALIÉNABILITÉ SUR LES OBLIGATIONS DE LA FEMME DOTALE

La femme dotale est frappée de l'incapacité spéciale d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles dotaux, et, d'après la jurisprudence, de l'incapacité de compromettre par aucun acte la restitution de sa dot mobilière.

Dans son sens général, l'expression *aliéner* comprend tous les moyens de disposer d'une chose à titre gratuit ou à titre onéreux. Nous n'avons pas l'intention d'indiquer ici les actes qui sont interdits à la femme mariée sous le régime dotal, en vertu de la prohibition d'aliéner et d'hypothéquer édictée par l'article 1554 ; sur les diverses questions relatives aux actes dont l'exercice est permis ou interdit à la femme dotale, les controverses ont pris fin et les solutions de la jurisprudence ne sont pas contestées.

Notre étude étant plus spécialement consacrée aux restrictions qui peuvent être apportées par les clauses des contrats de mariage à la capacité qu'a la femme de s'obliger avec l'autorisation de son mari, abordons dès maintenant l'examen des diverses obligations qui peuvent naître à la charge de la femme mariée sous le régime dotal, soit en vertu d'un contrat soit en dehors de tout contrat. Nous résoudrons ainsi une des questions les plus importantes de notre sujet : dans quelle mesure la capacité qu'a la femme mariée de contracter des obligations, peut-elle être restreinte par l'adoption du régime dotal ?

Nous étudierons successivement les effets de l'inaliénabilité dotale :

1<sup>o</sup> Sur les obligations contractées par la femme pendant le mariage ;

2<sup>o</sup> Sur les obligations résultant de la loi et des quasi-contrats ;

3<sup>o</sup> Et sur les obligations résultant des délits et des quasi-délits civils commis par la femme dotale en contractant.

## SECTION I

### DES OBLIGATIONS CONTRACTÉES PAR LA FEMME DOTALE PENDANT LE MARIAGE

La femme mariée sous le régime dotal est capable de s'obliger pendant le mariage ; les obligations qu'elle contracte sont valables, mais ne peuvent être exécutées sur ses biens dotaux. Et il en est ainsi, quel que soit le mode d'obligation que la femme mariée ait adopté, qu'elle se soit obligée personnellement, avec l'autorisation de son mari, ou qu'elle se soit obligée solidairement avec lui.

Mais si les biens dotaux sont, pendant le mariage, hors de l'atteinte des créanciers envers lesquels la femme s'est obligée, restent-ils à l'abri de leurs poursuites, une fois le mariage dissous, alors que la dotalité a cessé ?

Pour les auteurs qui considèrent l'inaliénabilité comme une qualité réelle des biens dotaux, l'indisponibilité de ces biens ne doit exister qu'autant que le mariage lui-même subsiste. Le mariage dissous, l'aliénabilité cessant, l'obligation contractée valablement par la femme pendant le mariage doit pouvoir être exécutée sur les biens qui

ont été dotaux ; la raison qui s'opposait à la saisie de ces biens ne peut plus alors être invoquée. Cette solution doit être donnée, qu'il y ait eu dissolution du mariage par la mort du mari ou par la mort de la femme. Cependant cette conséquence logique du système de l'indisponibilité des biens dotaux n'est acceptée que par quelques-uns de ses partisans. (1)

La plupart d'entre eux refusent d'admettre l'exécution sur les biens dotaux, après la dissolution du mariage, des obligations contractées par la femme dotale autorisée du mari. La femme, dit-on, conserve intacts ses biens dotaux, qui doivent passer libres de tous engagements dans le patrimoine de ses héritiers ; l'inaliénabilité des biens dotaux et leur insaisissabilité sont d'ordre public. Mais si, dans notre droit, l'ordre public est intéressé, comme il l'était à Rome, à la conservation de la dot, pourquoi le législateur du Code civil n'a-t-il pas choisi le régime dotal comme régime de droit commun et ne l'a-t-il admis, dans notre législation, que sur de vives instances des représentants des pays de droit écrit ? Les raisons qui, en droit romain, justifiaient le régime dotal et l'imposaient aux époux, n'existent plus dans notre droit. Quoiqu'il en soit, si l'inaliénabilité dotale rend les biens dotaux indisponibles, il nous paraît illogique que cette indisponibilité puisse survivre au mariage et protéger les biens dotaux alors que le mariage est dissous.

Les auteurs admettent généralement que l'insaisissabilité des biens dotaux, pour l'exécution des obligations contractées par la femme pendant le mariage, existe, même après la dissolution de l'union conjugale, en cas de survie

(1) Toullier, *Droit civil*, T. XIV, n° 333 et suiv. — Troplong, T. IV, n° 3312. — Toulouse, 29 novembre 1834. Sirey, 1835, 2, 462.

de la femme; mais une controverse très vive existe au contraire sur les effets des obligations contractées par la femme, lorsque le mariage s'est dissous par son décès. Des distinctions nombreuses ont été proposées par les auteurs et admises par la jurisprudence.

On a soutenu qu'après la dissolution du mariage, occasionnée par le décès de la femme, les obligations qu'elle avait contractées pendant le mariage ne pouvaient être exécutées sur les biens qui avaient été dotaux, si les héritiers de la femme étaient des enfants ou des descendants. Les garanties résultant de la dotalité, a-t-on dit, existent dans l'intérêt de la famille, de la femme et de ses enfants; après le décès de la femme, les biens dotaux doivent être protégés, comme ils l'étaient pendant le mariage, contre l'action de ses créanciers (1). Si, au contraire, les héritiers de la femme sont des collatéraux ou des étrangers appelés par testament, ces héritiers sont moins dignes de protection que les enfants ou les descendants, ils n'ont pas dû, comme ces derniers, compter sur la succession de la femme dotale; les créanciers ayant reçu l'engagement de la femme pendant le mariage pourront agir sur les biens laissés par leur débitrice. Ainsi les créanciers auront une action sur les biens dotaux ou cette action leur sera refusée, suivant que la qualité héréditaire des représentants de la femme sera plus au moins favorable.

Une autre distinction a été admise en jurisprudence : Les obligations contractées par la femme dotale pourront être exécutées sur les biens qui ont été dotaux ou ces biens échapperont à l'action des créanciers, suivant le mode d'acceptation de sa succession choisi par ses héritiers.

(1) Paris, 9 juin 1836. Sir. 1836, 2, 330.



En cas d'acceptation pure et simple, les biens de la succession se confondant avec les biens personnels des représentants de la femme, ces derniers seront tenus *in infinitum* et sur tout leur patrimoine des dettes héréditaires, et les biens qui ont été dotaux pourront être saisis pour l'exécution des obligations contractées par la femme pendant le mariage (1).

Si, au contraire, les héritiers de la femme n'ont accepté sa succession que sous bénéfice d'inventaire, les biens recueillis dans la succession étant distincts de leurs biens personnels, les créanciers de la femme dotale devront laisser les biens dotaux en dehors de leurs poursuites et ne pourront saisir que les biens paraphernaux, s'il en existe. L'acceptation bénéficiaire aura donc pour effet de conserver aux biens de la femme la garantie de l'insaisissabilité qu'une acceptation pure et simple leur eût fait perdre.

On a enfin proposé de refuser aux créanciers de la femme contemporains du mariage ou de leur accorder le droit de saisir, après son décès, les biens qui avaient été dotaux, suivant que ces biens se retrouveraient encore en nature en la possession des héritiers ou auraient perdu leur individualité.

Un arrêt de la Cour de Paris du 9 juin 1856 a reconnu aux créanciers de la femme dotale, en vertu d'une obligation souscrite pendant le mariage, le droit de saisir entre les mains de l'acquéreur, le prix d'un immeuble que la femme avait possédé comme bien dotal et que son légataire universel avait vendu. « Il répugne à la raison non moins qu'à la saine entente des lois de la matière, dit la Cour de Paris dans les motifs de son arrêt, qu'à l'égard

(1) Caen, 10 janvier 1842, S., 1842, 2, 209.

des héritiers institués le privilège de la dotalité survive à la transformation par eux faite des biens qu'ils ont reçus de la femme dotale » (1). Un autre argument paraît avoir été pris en sérieuse considération par la Cour ; le prix de vente des immeubles dotaux n'est pas subrogé à ces immeubles eux-mêmes et ne doit pas bénéficier de leur insaisissabilité ; la subrogation ne doit pas être admise en dehors des textes.

Observons à propos de ce dernier motif que dans la matière qui nous occupe une subrogation n'est pas nécessaire. La dotalité protège la dot dans son universalité et, avec le système de la jurisprudence, la dot mobilière aussi bien que la dot immobilière ; dès lors, il n'est pas utile qu'il y ait subrogation d'un bien à un autre pour que le privilège de la dotalité puisse s'exercer ; les biens dotaux sont, dans leur ensemble, garantis par les effets de l'inaliénabilité. Dans l'espèce prévue par la Cour de Paris, le prix de vente encore dû par l'acquéreur était certainement la représentation de l'immeuble dotal (2).

Quels droits donnerons-nous aux créanciers d'une femme dotale sur les biens dotaux dépendant de sa succession ? Nous repoussons les diverses distinctions qui ont été proposées en jurisprudence. L'inaliénabilité dotale est, à notre avis, une incapacité d'une nature spéciale acceptée par la femme dès le jour de son mariage : la femme dotale est capable de s'obliger mais elle est incapable d'affecter ses biens dotaux à l'exécution de ses obligations et de les donner en gage à ses créanciers.

La dissolution du mariage ne donnera pas aux créan-

(1) Paris, 9 juin 1856, Sir. loc. cit. — Contra Cass. 7 juillet 1869, Sir. 73, 1, 366.

(2) Labbé, *Revue critique*, t. IX, p. 1. — Aubry et Rau. T. V, p. 608 § 538, note 15. — Douai, 27 juillet 1853. Sir. 54, 2, 181.

ciers un droit de poursuite que la femme dotale était incapable de leur conférer. Les créanciers d'une femme dotale en vertu d'un engagement souscrit pendant le mariage n'auront pas le droit de saisir, une fois le mariage dissous, les biens qui auront été dotaux, que ces biens soient encore la propriété de la femme ou qu'ils aient été transmis à ses héritiers. Un principe nous impose cette solution : les créanciers de la femme dotale n'ont jamais eu les biens dotaux dans le gage qu'ils ont reçu ; ils n'ont jamais eu l'espoir de réaliser ces biens pour obtenir le paiement de leurs créances ; la qualité des héritiers de la femme ne peut être pour ses créanciers la cause d'une action sur laquelle ils n'ont pas dû compter.

De même, les biens dotaux resteront à l'abri des poursuites des créanciers de la femme, après son décès, que sa succession ait été acceptée purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire. A un autre point de vue, le mode d'acceptation de la succession pourra offrir un intérêt. Si les héritiers acceptent purement et simplement, les créanciers de la femme dotale ne pourront saisir entre leurs mains les biens qui auront été dotaux ; mais les héritiers répondront des dettes de la succession sur tous les biens que la femme aura possédés à titre de parapher-naux et sur tous leurs biens personnels (1). Si la succession de la femme n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire, les biens dotaux recueillis dans la succession resteront en dehors des poursuites des créanciers de la femme dotale qui ne pourront pas non plus saisir les biens personnels des héritiers (2).

(1) Cass. 14 novembre 1833, Sir. 36, 1, 453. — Paris 16 janvier 1838, Sir. 38, 2, 502. — Demolombe, *Revue de législation*, 1833, t. 1, p. 282 et suiv. — Aubry et Rau t. V, p. 616, § 538, note 7.

(2) Cass. 12 novembre 1879, Sir. 80, 1, 63.

Les créanciers de la succession de la femme dotale ne pourront pas frapper de saisie le prix d'un bien dotal vendu par l'héritier (1). La solution contraire rendrait le droit de propriété des héritiers de la femme absolument précaire. Les créanciers envers lesquels la femme dotale se serait engagée pendant le mariage n'auraient pas le droit de saisir les biens dotaux tant qu'ils resteraient en la possession des héritiers, mais, ces biens vendus, ils pourraient frapper de saisie le prix dû par l'acquéreur ; les biens dotaux seraient en quelque sorte frappés d'indisponibilité entre les mains des héritiers, le droit de disposer de ces biens serait paralysé.

Notre conclusion sera la suivante : l'inaliénabilité produira ses effets sur les biens dotaux après la dissolution du mariage comme pendant sa durée (2).

Quels droits appartiendront aux créanciers de la femme dotale, après la dissolution du mariage, si, comme nous l'avons admis, les biens qui ont été dotaux restent exempts de leurs poursuites ?

Les créanciers de la femme dotale auront évidemment le droit de poursuivre leur paiement sur ses biens paraphernaux. S'il n'existe pas de biens paraphernaux, ils auront accepté l'engagement d'une personne capable de s'obliger mais insolvable.

En supposant même que la constitution de dot ait été générale et que la femme ait frappé de dotalité tous ses biens présents et à venir, elle ne sera pas nécessairement insolvable pendant la durée du mariage. Un tiers pourra lui faire une donation à la condition que les biens

(1) Douai 7 juillet 1853, Sir. 54, 2, 581.

(2) Rodière et Pont, t. III, n° 1767 et 1768. — Laurent, t. XXIII, n° 551. — Colmet de Santerre, t. VI, p. 466, n° 226 bis VI. — Aubry et Rau, t. V, p. 607 et 608, notes 13 et 14.

donnés seront paraphernaux. La jurisprudence admet que cette condition s'exécutera si le donateur est une personne à la succession de laquelle le donataire n'est pas appelé comme héritier à réserve et que la condition s'exécutera, seulement en tant qu'elle portera sur la quotité disponible, si la donation est faite par le père ou la mère du donataire ou par ses autres ascendants (1).

Si après la dissolution du mariage la femme recueille une succession, reçoit une donation ou acquiert à titre onéreux de nouveaux biens, les créanciers envers lesquels elle se sera obligée pendant son mariage pourront-ils la poursuivre sur les biens dont elle ne sera devenue propriétaire qu'après le décès de son mari ? On admet généralement que l'obligation souscrite par la femme dotale pendant la durée de son mariage étant valable, les biens entrés dans le patrimoine de la femme, une fois le mariage dissous, pourront être saisis pour l'exécution de cette obligation (2).

Les créanciers ayant reçu l'engagement de la femme dotale pendant son mariage pourront-ils saisir les revenus de ses biens dotaux ? La femme dotale est aussi incapable de donner en gage à ses créanciers la jouissance de ses biens dotaux que leur nue-propiété ; la jouissance des biens dotaux appartient au mari, la femme n'a pas le droit d'en disposer.

Mais pourra-t-elle du moins engager la jouissance de ses biens dotaux pour le cas où elle lui ferait retour, après

(1) Nîmes 10 décembre 1836, Sir, 1837, 2, 134. — Cass. 16 mars 1846, Sir. 47, 1, 157. — Aubry et Rau, t. V, p. 536, § 534, texte et note 19.

(2) Cass. 12 novembre 1879, Dall. 80, 1, 49. — Cass. 7 février 1881, Dall. 81, 1, 309. — Cass. 24 mars 1883, Sir. 83, 1, 220. — Colmet de Santerre, VI, n° 226 bis VI. — Guillouard, loc. cit., IV, n° 1842. — Contra Gide, loc. cit., p. 512.

la séparation de biens ou après la dissolution du mariage? La jouissance des biens dotaux n'est pas une valeur distincte du patrimoine de la femme, elle ne peut pas, à elle seule, devenir le gage de ses créanciers. La femme ne peut pendant le mariage engager la nue-propriété de ses biens dotaux, elle ne pourra de même engager l'usufruit de ces biens, pour le cas où cet usufruit lui appartiendra. L'incapacité dont la femme dotale est atteinte à l'égard de ses biens dotaux s'étend à l'usufruit comme à la nue-propriété de ces biens. La jurisprudence admet cette solution (1).

Nous avons ainsi déterminé les droits des créanciers envers lesquels la femme mariée sous le régime dotal s'est engagée pendant le mariage et nous avons admis que les biens dotaux ne pourront en aucun cas être frappés de saisie par les créanciers envers lesquels la femme dotale se sera volontairement obligée. Quelle sera la sanction de cette prohibition? Si un bien dotal est saisi par un créancier de la femme, la saisie sera nulle. La nullité de la saisie, s'il s'agit d'un immeuble dotal, devra être invoquée trois jours au plus tard avant la publication du cahier des charges, conformément à l'article 728 du Code de procédure civile (2). Si la femme dotale omet d'invoquer la nullité de la saisie dans le délai prescrit, les poursuites en expropriation seront valablement continuées et l'adjudication de l'immeuble dotal sera définitive. La femme aura la seule ressource de

(1) Cass. Chambres réunies 7 juin 1864 Sir. 1864, 1, 201. — Grenoble, 26 décembre 1868, Sir. 1869, 2, 137. — Pau, 25 novembre 1879, Sir. 1881 2, 183. — Guillouard, IV, n° 2084.

(2) Cass. 16 mai 1870, Sir. 1871, 1, 78. — Caen, 29 août 1873, Sir. 1873, 2, 330. — Deloynes, *Revue critique* 1882, p. 564. — Aubry et Rau, T V, p. 610, § 538, texte et note 19.



faire opposition au paiement du prix avant la clôture de l'ordre et de demander que le prix d'adjudication soit remis à son mari ou qu'il en soit fait un emploi conforme aux prescriptions de son contrat de mariage (1). Si le prix est remis aux créanciers en vertu d'une collocation régulière, la femme n'aura aucun recours à exercer contre eux et ne pourra contester la validité du paiement qui leur aura été fait.

## SECTION II

### OBLIGATIONS RÉSULTANT DE LA LOI ET DES QUASI-CONTRATS DE LA FEMME DOTALE

#### § I. — Obligations résultant de la loi.

Indépendamment des obligations conventionnelles, d'autres obligations peuvent naître à la charge de la femme mariée sous le régime dotal, sans qu'elle ait à donner aucun consentement et sans qu'elle ait à demander l'autorisation de son mari ou de la justice. L'inaliénabilité dotale aura-t-elle une influence sur l'exécution de ces obligations ?

L'incapacité contractuelle de la femme dotale est fondée sur sa faiblesse et sur l'état de dépendance dans lequel elle se trouve pendant le mariage. Pour protéger la femme contre les conséquences des engagements que son mari pourrait trop facilement lui faire souscrire, le législateur l'a rendue incapable d'obliger ses biens dotaux par un acte de sa volonté.

(1) Cass. 21 janv. 1856 Sir. 56, 1, 329.

Si pour ce motif la femme dotale ne peut affecter ses biens dotaux à l'exécution des obligations qu'elle contracte, la même incapacité ne doit pas l'atteindre, lorsqu'il s'agit d'obligations dont elle est tenue, en dehors de tout engagement volontaire de sa part, sans qu'elle ait eu à donner aucun consentement, alors que l'influence du mari n'a pu s'exercer. Les créanciers de la femme dotale, en vertu d'obligations mises à sa charge par la loi, auront sur tous ses biens et même sur ses biens dotaux le droit de gage général établi par l'article 2092.

La jurisprudence n'a pas hésité à autoriser la saisie des biens dotaux chaque fois qu'on lui a demandé de sanctionner des obligations nées à la charge de la femme en dehors de toutes relations contractuelles. C'est ainsi que la cour de Limoges a validé ces poursuites dirigées contre une femme dotale sur ses biens dotaux pour le paiement de l'impôt foncier : « attendu, dit la cour, que l'inaliénabilité de la dot a d'ailleurs pour unique objet de garantir la femme mariée contre les entraînements de sa propre faiblesse et de la protéger contre les influences qui pourraient s'exercer sur sa volonté, que ce secours et cette protection n'ont plus de raison d'être lorsqu'il s'agit d'obligations imposées par la loi elle-même et qui ne se rattachent à aucun acte volontaire ou contractuel de la femme, emportant nécessairement exception à l'inaliénabilité de la dot (1). »

Plus récemment la cour de Caen, faisant application des mêmes principes, a autorisé la saisie des immeubles dotaux pour le paiement de droits de mutation dus par la femme. La cour a constaté avec raison : « qu'il ne s'agit

(1) Limoges 28 mai, 1863. *Sir.* 1863, 2, 140.

« point ici d'un de ces engagements volontaires en vue  
« desquels le législateur a voulu protéger la femme, qu'il  
« s'agit au contraire d'une obligation que la loi impose  
« directement et indépendamment de la volonté de s'obli-  
« ger (1). »

**§ II. — Obligations résultant des quasi-contrats de la  
femme dotale**

Le terme quasi-contrat indique que le débiteur, en vertu d'un tel mode d'obligation, est tenu comme il le serait par l'effet d'un contrat. Une personne n'est-elle obligée par quasi-contrat qu'à la suite d'un fait personnel ? L'article 1370 répond que « les quasi-contrats peuvent naître du fait de l'obligé ou résulter de la loi. » Celui qui est tenu sans son fait personnel est en quelque sorte obligé en vertu de la loi, c'est elle qui met l'obligation à sa charge. Si le consentement de l'obligé n'est pas nécessaire pour que le quasi-contrat puisse se former, le fait intervenu et donnant naissance au quasi-contrat devra-t-il au moins émaner d'une personne capable ? « La capacité de s'obliger, dit M. Colmet de Santerre, doit exister en la personne de qui émane le fait accompli, si ce fait doit produire une obligation de cette personne. Quant à la partie qui joue un rôle passif dans le quasi-contrat, qui est obligée par le fait d'autrui, sa capacité ne peut être exigée puisque l'engagement ne dérive pas de sa volonté mais de la loi qui l'oblige par des raisons d'équité (2). »

(1) Caen, 18 juin 1880, Sir. 81, 2, 1.

(2) t. V, n° 347 bis, II.

Cette distinction, fondée sur le rôle qu'une personne peut jouer dans un quasi-contrat, est importante au point de vue des obligations quasi-contractuelles de la femme dotale, incapable d'obliger ses biens dotaux par l'effet d'un contrat.

Appliquons les principes que nous avons rappelés aux quasi-contrats de la femme mariée sous le régime dotal.

S'agit-il d'un quasi-contrat dans lequel la femme a joué un rôle actif, la solution admise pour les obligations volontairement contractées par elle doit être suivie : le créancier de la femme dotale n'aura pas pour gage ses biens dotaux inaliénables. Mais, peut-on objecter, le tiers lésé par l'acte accompli librement par la femme est exempt de faute ; la femme, au contraire, est coupable. La vieille maxime romaine : « *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti* (1) » lui est applicable. Pourquoi refuser au tiers lésé par l'acte de la femme le droit de poursuivre même sur les biens dotaux la réparation de la faute qu'elle a commise ? La femme, répondrons-nous, ne peut engager ses biens dotaux par un acte de sa volonté, elle est incapable de les obliger par l'effet d'un quasi-contrat dans lequel elle a librement agi.

S'agit-il au contraire d'un quasi-contrat dans la formation duquel la femme a joué un rôle passif, elle sera tenue en vertu de la loi, indépendamment de son fait personnel ; tous ses biens, même ses biens dotaux, répondront de l'exécution de son obligation.

Citons quelques exemples à l'appui de ces solutions.

Si la femme dotale gère l'affaire d'autrui, même avec l'autorisation de son mari, elle ne pourra engager ses biens dotaux par les résultats de cette gestion, si ce n'est

(1) L. 36 De regulis juris L, XVII.

du moins, comme nous l'admettrons dans un instant, dans les limites de l'enrichissement que cette gestion lui aura procuré. Si, au contraire, un tiers gère les biens de la femme sans qu'elle ait pris envers lui aucun engagement personnel, elle sera tenue en vertu de la loi et ses biens dotaux pourront être saisis pour l'exécution des obligations mises à sa charge (1).

De même, si une femme mariée sous le régime dotal recueille une succession pendant son mariage et l'accepte purement et simplement, elle ne sera pas tenue sur ses biens dotaux des dettes de la succession, en vertu du quasi-contrat d'adition d'hérédité. Elle a joué dans le quasi-contrat un rôle actif et a été incapable d'obliger volontairement ses biens dotaux au paiement des dettes héréditaires (2). De même encore, une acceptation imprudente de la succession ne pourrait obliger la femme dotale à rapporter, au moment du partage, les sommes reçues du défunt, si le montant de ce rapport devait excéder la valeur du lot auquel elle aurait droit, en qualité d'héritière ; les biens dotaux ne peuvent devenir, par suite de l'acceptation volontaire de la succession, le gage des créanciers héréditaires ou des cohéritiers de la femme (3).

La plupart des auteurs décident que la femme n'est pas obligée sur ses biens dotaux par ses quasi-contrats et méconnaissent la distinction que nous avons adoptée. Ils se bornent à déclarer que si un quasi-délit est joint au quasi-contrat en vertu duquel la femme est obligée, elle sera tenue sur ses biens dotaux de la réparation du quasi-délit (4).

(1) Colmet de Santerre, t. VI, n° 226 bis, VII. t. V, n° 347 bis II et III.

(2) Tessier, *De la dot*, t. I, p. 447. — Aubry et Rau, t. V, p. 615 § 538, texte et note 35 et 36. — Cass. 18 août 1869, Sir. 70, 1, 69.

(3) Guillouard, t. IV, n° 1863.

(4) Troplong, *loc. cit.*, IV, n° 3332. — Rodière et Pont, t. III, n° 1823 et 1824. — Aubry et Rau, t. V, § 538, texte et note 31 p. 614.

La solution que nous avons admise comporte une restriction. Si, par l'effet du quasi-contrat, la femme s'est enrichie, elle sera tenue sur ses biens dotaux dans les limites de son enrichissement. L'inaliénabilité a évidemment pour but la conservation de la dot, mais elle ne permet pas à la femme d'augmenter la valeur de sa dot, au moyen des sommes que lui ont fournies ses créanciers. La question s'est présentée dans l'hypothèse suivante : Le mari élève sur un terrain dotal une construction importante, l'immeuble de la femme acquiert ainsi une plus value considérable, le mari étant décédé, ses héritiers peuvent-ils poursuivre sur les biens dotaux le paiement de l'indemnité de plus value qui leur est due ? La Cour de Caen leur a refusé ce droit (1). Et cependant l'action *de in rem verso* est donnée contre les mineurs, contre les interdits ; pourquoi la femme dotale jouirait-elle d'une faveur, qui est refusée aux personnes absolument incapables de s'obliger ? L'inaliénabilité ne peut lui permettre d'augmenter l'importance de ses biens dotaux aux dépens d'autrui. Nous avons admis que chaque fois que la femme était obligée, sans un fait volontaire de sa part et sans que l'influence du mari ait pu s'exercer, les biens dotaux pouvaient être saisis pour l'exécution de la dette, nous déciderons à plus forte raison que, chaque fois que le patrimoine de la femme se trouvera enrichi par le fait d'un tiers et même par un fait volontaire de la part de la femme, le créancier pourra poursuivre sur les biens dotaux le paiement de sa créance (2).

(1) Caen 19 juillet 1866, Sir. 67. 2.267.

(2) Bertault, *Questions pratiques de Code civil*, t. I, n° 636 et suiv. Contra, Guillouard, t. IV, n° 1734 et 1861. — Bordeaux 17 juin 1874, Sir. 75, 2, 132. — Lyon 11 mars 1886 et conclusions de M. l'avocat général Tallon, Pall. 87, 2, 129. — Comp. Cass. 10 juin 1885, Sir. 85, 1, 345.



## SECTION III

OBLIGATIONS RÉSULTANT DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS  
CIVILS DE LA FEMME DOTALE

On admet généralement, en doctrine et en jurisprudence, que la femme est tenue sur ses biens dotaux du préjudice qu'elle a causé par ses délits et ses quasi-délits (1). Deux raisons justifient cette solution :

1<sup>o</sup> Un principe supérieur d'ordre public a été établi par le législateur dans l'article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Aucune exception n'a été apportée à l'application de ce principe. Le mineur n'est pas restituable contre les conséquences de son délit et de son quasi-délict (art 1310); et cependant il n'est pas toujours capable d'apprécier exactement les conséquences des actes qu'il accomplit. Sa situation serait, à ce point de vue, plus digne d'intérêt que celle de la femme; aussi est-il logique de refuser à la femme une protection dont le mineur est privé.

2<sup>o</sup> On comprend que la femme dotale puisse opposer au tiers, avec lequel elle a contracté, une incapacité qu'elle a stipulée dans son contrat de mariage et qui résulte du régime matrimonial qu'elle a choisi. Avant d'accepter l'engagement de la femme, le tiers contractant avec elle, s'il a été prudent, a dû consulter les clauses de son contrat de mariage et apprendre ainsi qu'elle ne pouvait affecter à l'exécution de ses obligations toute une partie de son pa-

(1) Cass. 4 juillet 1877, Sir. 77, 1,455. — Cass. 10 juin 1879, Sir. 79, 1,419. — Cass. 10 février 1880, Sir. 81, 1,311. — Cass. 27 février 1883, Sir. 84, 1,185. — Cass. 19 janvier 1886, Dall. 86, 1,440. — Aubry et Rau, t. V, § 568, p. 614, note 32. — Colmet de Santerre, t. VI, n° 226 bis, VIII.

trimoine. Si les biens paraphernaux de la femme étaient insuffisants pour garantir l'exécution de ses engagements, il pouvait refuser d'accepter son obligation.

Les mêmes raisons ne peuvent être invoquées contre le tiers lésé par le délit et le quasi-délit de la femme ; ce dernier n'a pas contracté volontairement avec elle ; si elle est obligée envers lui, il n'a pas provoqué cette obligation ; il n'a pas eu à apprécier les conditions de sa capacité, il n'a aucune imprudence à se reprocher.

Pour ces divers motifs, aucun auteur n'a songé à soutenir que la femme dotale était protégée par l'inaliénabilité contre les conséquences de ses délits et de ses quasi-délits. Les partisans de la théorie de l'indisponibilité des biens dotaux ont fait exception à leur doctrine en faveur des obligations nées des délits et des quasi-délits de la femme dotale. Et cependant, si les biens dotaux sont indisponibles, si l'inaliénabilité est une qualité réelle de ces biens et non une incapacité de la femme, si ces biens sont hors du commerce, ils ne sont pas susceptibles d'être saisis pour l'exécution des obligations dont la femme dotale est tenue, quelle qu'en soit la cause.

L'application de l'opinion, généralement adoptée, à certains délits et quasi-délits de la femme dotale, a soulevé de sérieuses difficultés.

Nous savons que la femme dotale peut soustraire ses biens dotaux à l'exécution de ses obligations contractuelles ; mais des délits et des quasi-délits peuvent être commis par la femme en contractant. Cette circonstance sera-t-elle sans influence sur le caractère de son obligation ? Ici nous nous trouvons en présence de deux principes juridiques dont la conciliation semble difficile : celui de l'article 1382 que nous venons de rappeler, et le prin-

cipe de l'inaliénabilité des biens dotaux qui s'applique à tous engagements volontairement consentis par la femme.

Quelle sera la nature d'une obligation, lorsque les éléments différents du contrat et du délit s'y trouveront réunis, et dans quelles circonstances, une telle obligation mise à la charge d'une femme dotale pourra-t-elle être exécutée sur les biens dotaux ? Sur ce point des distinctions nombreuses, parfois subtiles, ont été proposées.

Doit-on, pour autoriser ou pour refuser la saisie des biens dotaux, tenir compte de la gravité de la faute délictuelle ou quasi-délictuelle commise par la femme ?

Quand il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit intervenant en dehors d'un contrat, on n'a pas à distinguer suivant la gravité du fait accompli par la femme dotale. Par cela seul qu'il y a délit ou quasi-délit, la dot devient inaliénable pour l'exécution de la condamnation prononcée et cette conséquence a une portée considérable.

La sphère d'application de l'article 1382 est en effet très étendue. Le délit comprend tout fait causant préjudice à autrui et commis avec l'intention de nuire ; le quasi-délit comprend tout fait nuisible commis sans intention de nuire. L'article 1382 s'applique à la faute la plus minime, à l'imprudence la plus pardonnable, tout aussi bien qu'au dol le plus caractérisé. La jurisprudence, lorsque le délit ou le quasi-délit intervient en dehors de tout contrat, permet la saisie des biens dotaux pour la réparation du préjudice qui en résulte, elle n'apporte aucune restriction à cette solution.

Si les décisions de jurisprudence sur ce point sont uniformes, elles varient au contraire, lorsque le délit ou le quasi-délit est commis par la femme dotale dans les phases d'un contrat. Cherchons à tracer les règles d'interprétation dont s'inspirent les arrêts.

Doit-on, pour cette seule raison qu'un délit ou un quasi délit a été commis par la femme en contractant, faire échec au principe de l'inaliénabilité dotale en vertu duquel la femme ne peut engager sa dot par un acte de sa volonté ? La jurisprudence n'admet pas une solution absolue, elle distingue.

Lorsque, dans la formation ou dans l'exécution d'un contrat, la femme dotale se rend coupable d'une fraude ou d'une faute, la jurisprudence prend en considération, pour prohiber ou pour permettre la saisie des biens dotaux, la gravité du fait accompli. S'il y a dol ou fraude, la dot pourra être saisie pour le paiement des condamnations prononcées contre la femme. Si cette dernière n'a commis qu'une faute non intentionnelle, simple négligence ou imprudence, le paiement des dommages-intérêts accordés à la personne lésée ne pourra pas être poursuivi sur les biens dotaux.

Cette distinction, fondée sur la gravité du fait imputable à la femme, est une conciliation admise par la jurisprudence entre l'application de la règle des articles 1382 et 1383 et du principe de l'inaliénabilité dotale.

L'article 1382, semble-t-il, régit tout fait causant préjudice à autrui, aussi bien la faute la plus vénielle, la négligence la plus excusable que le dol et la fraude et si l'on admet que le principe de cet article est d'ordre public, il est illogique d'y apporter une exception même en faveur de la femme mariée sous le régime dotal. Mais alors, cette circonstance qu'un délit ou un quasi-délit a été commis par la femme dotale en contractant sera-t-elle sans influence sur les résultats de l'action qui sera donnée contre elle et l'inaliénabilité dotale devra-t-elle, dans tous les cas, fléchir devant l'application de la règle de l'article 1382 ?

La question est importante en raison des principes différents qu'elle met en jeu.

La solution la plus simple incontestablement serait de décider que chaque fois qu'un délit se rencontre dans les phases d'un contrat, le principe de l'article 1382 s'applique, sans qu'aucune exception résultant de l'inaliénabilité dotale puisse être admise. Cette solution absolue a été proposée, mais elle est généralement repoussée. Les auteurs cherchent une conciliation et considèrent la faute commise en contractant, au point de vue de ses effets sur les biens dotaux, tantôt comme une faute contractuelle tantôt comme une faute délictuelle.

A quels signes reconnaîtra-t-on le véritable caractère de cette faute ? Un criterium a été proposé. On a prétendu que la faute ou la fraude contractuelle se produisait dans l'exécution d'un contrat, tandis que la faute ou la fraude commise pour déterminer une personne à contracter et précédant par conséquent la formation du contrat devait être considérée comme une faute ou une fraude délictuelle (1).

Dans le premier cas, lorsque la faute ou la fraude a été commise dans l'exécution du contrat, l'obligation du tiers auquel la faute est imputable consiste dans sa réparation, c'est-à-dire dans l'exécution du contrat : il y a obligation contractuelle. Dans le second cas, hypothèse de fraude ayant déterminé à contracter, l'obligation consiste dans la réparation du préjudice causé par le contrat, dans le paiement d'une indemnité représentant le dommage subi par la partie lésée : il y a alors obligation délictuelle.

Cette distinction a été appuyée par la considération suivante : Celui qui au moyen d'une fraude détermine une

(1) M. Rouland, avocat général. Réquisitoire dans l'arrêt Cass. 23 novembre 1852. Sir. 52, 1. 770.

personne à contracter avec lui, agit spontanément, en dehors de toute convention, le contrat n'étant pas encore formé. On ne peut pas soutenir que l'obligation que cette fraude fait naître découle d'un contrat, elle dérive de la loi qui oblige toute personne ayant commis une faute à la réparer ; cette obligation est étrangère au contrat, elle naît du délit et non de la volonté d'un contractant, les parties n'ont pu la supposer lorsqu'elles ont arrêté les conditions de la convention, il n'y a donc pas obligation contractuelle.

Si nous appliquons ces notions aux fautes commises par la femme dotale, nous dirons : L'inaliénabilité dotale, n'ayant été établie que pour protéger la femme contre les conséquences de ses engagements contractuels, ne sera pas opposable au créancier qui, dans l'hypothèse qui nous occupe, pourra poursuivre même sur les biens dotaux de sa débitrice le paiement des dommages-intérêts qu'il aura obtenus.

Au contraire, lorsque la femme commet une faute dans l'exécution d'un contrat qu'elle a librement consenti, cette faute se rattache directement au contrat intervenu, les parties, au moment du contrat, ont pu la prévoir : il y a ici faute contractuelle. Si la femme dotale est condamnée à des dommages-intérêts, en raison de l'inexécution du contrat, elle ne sera pas tenue sur ses biens dotaux, ces dommages-intérêts sont la conséquence d'un engagement contractuel pour l'exécution duquel la femme n'a pu donner en gage sa fortune dotale.

M. Labbé repousse cette distinction (1). Il n'admet pas que le dol ou la fraude qui a déterminé à contracter soit en dehors du contrat, pas plus que le dol ou la fraude qui se rencontre dans son exécution. Lorsqu'une personne

(1) Sir, 1882, 2, 249, Note sous l'arrêt de Pau, 2 juin 1880.



se met en relations avec une autre pour débattre les conditions d'un contrat, elle s'engage implicitement à agir de bonne foi, soit dans les préliminaires de la convention, soit dans son exécution. Lorsque, le contrat formé, un dol est découvert, la partie lésée peut dire à l'autre partie : « Vous n'avez pas été de bonne foi, vous n'avez pas agi loyalement, vous avez violé la loi du contrat ». Celui qui contracte n'est pas dans la même position que celui qui est victime d'un délit ; on apprécie la capacité de la personne avec laquelle on contracte, on n'apprécie pas la capacité de celui qui vous cause un préjudice par son délit.

M. Labbé propose une autre explication.

Si l'aliénabilité reçoit exception lorsque la femme dotale est tenue, en dehors de tout contrat, en vertu d'une obligation délictuelle, la raison en est que la victime d'un délit et d'un quasi-délit ne s'est pas mise de plein gré en relations avec l'auteur du fait délictueux ou quasi délictueux, elle n'a pas eu à s'enquérir des conditions spéciales de capacité de la personne obligée envers elle, l'article 1554 ne peut lui être opposable. L'inaliénabilité dotale peut être invoquée par la femme contre les personnes qui ont contracté volontairement avec elle et qui ont dû connaître l'incapacité dont elle était frappée ; elle ne peut être opposée aux tiers qui n'ont pu connaître cette incapacité.

Lorsqu'une personne traite avec une femme mariée, elle doit lui demander à consulter son contrat de mariage. Si la femme qui propose ses engagements est mariée sous le régime dotal, son cocontractant pourra, avant la formation du contrat, mesurer l'étendue du gage qu'il lui sera possible de réaliser en cas d'inexécution par la femme

de ses obligations ; il devra s'attendre à voir la femme lui opposer la protection de l'inaliénabilité pour toute une partie de son patrimoine. Si, dans ces conditions, la femme commet une simple faute en contractant, une imprudence, une négligence, la personne ayant contracté avec elle saura que ses biens dotaux ne pourront être saisis pour la réparation de cette faute, et il en sera ainsi, que la faute ait été commise dans la formation ou dans l'exécution du contrat.

Si, au contraire, la femme en contractant agit de mauvaise foi, commet une fraude, soit en discutant les conditions du contrat, soit en les exécutant, elle ne sera pas protégée par l'inaliénabilité dotale. « La raison de décider à l'égard des fraudes commises par la femme dotale en contractant, dit M. Labbé, réside dans un autre principe, dans une idée que l'on peut formuler ainsi : « La fraude fait exception à toutes les règles. » Ce principe n'est pas susceptible d'exception et la femme ne peut, grâce au régime matrimonial qu'elle a choisi, « préparer et comploter malicieusement la ruine des tiers ». On comprend que la femme ne soit pas protégée par l'inaliénabilité contre les conséquences des fraudes qu'elle a commises en contractant et on conçoit aussi qu'elle ne soit pas tenue sur ses biens dotaux de réparer le préjudice qu'elle a causé par une simple faute exempte de toute mauvaise foi. Le tiers qui a contracté avec la femme dotale, s'il est victime d'une faute non intentionnelle, ne peut-il pas se reprocher, de son côté, d'avoir manqué de prudence, de n'avoir pas surveillé assez attentivement les actes de la femme ? Le législateur a cherché une conciliation entre les deux principes également rigoureux des articles 1382 et 1554 ; il a fait plier la règle de l'article 1382 devant les fautes légères

commises par la femme en contractant, c'est la seule faveur qu'il ait consenti à lui accorder en raison de l'incapacité spéciale résultant de la soumission de ses biens au régime dotal.

Ainsi, la réparation de la faute légère commise sans mauvaise foi par la femme dotale en contractant ne pourra être poursuivie sur ses biens dotaux. Chaque fois que la femme aura agi de mauvaise foi, ses biens dotaux répondront de l'exécution de son obligation.

Cette distinction, pleinement justifiable, trouve un appui dans cette considération qu'aucun texte de notre Code n'a spécialement déclaré la femme dotale responsable sur ses biens dotaux des conséquences de ses délits et de ses quasi-délits. Si cette responsabilité a été en quelque sorte déduite des principes généraux par les interprètes de notre droit civil, ils ont pu, en raison de la situation exceptionnelle de la femme dotale, apporter un tempérament à la rigueur de leur déduction.

L'application normale de l'article 1382 conduirait à n'admettre aucune distinction. La jurisprudence tient compte dans ses décisions de la distinction que nous avons établie. Sur la question de la responsabilité de la femme dotale, comme sur beaucoup d'autres, elle déroge à l'application stricte d'un principe, nous ne sommes nullement tenté de formuler une critique.

L'inaliénabilité dotale que la femme stipule dans ses conventions matrimoniales, souvent sans en comprendre ni l'étendue ni la portée, devient parfois au cours du mariage une entrave à laquelle elle cherche à se soustraire. Les procédés employés par la femme dotale, dans ce but, ne sont pas inédits, la jurisprudence a eu à les apprécier tous. Voyons, par l'examen des espèces qui se sont le plus

fréquemment présentées, comment elle a su concilier la protection due à la femme dotale avec l'intérêt des tiers régi par l'article 1382.

1. Le plus souvent, la femme au moment du contrat trompe le tiers qui accepte son engagement sur sa qualité de femme dotale. Elle désire aliéner un de ses biens propres ou hypothéquer un de ses immeubles, elle sait que son régime matrimonial ne lui permettra pas de trouver un acquéreur ou un prêteur, elle déclare n'avoir pas fait de contrat de mariage et évite ainsi les hésitations scrupuleuses de son cocontractant. La dot pourra-t-elle être saisie pour la réparation du préjudice causé au tiers par cette fausse déclaration ? Deux courants existent dans les solutions de la jurisprudence sur cette question.

Certains arrêts font prévaloir le principe de l'article 1382 sur celui de l'inaliénabilité des biens dotaux et décident que la femme doit répondre sur sa dot des conséquences de sa simple déclaration mensongère, alors même qu'elle n'a accompagné cette déclaration d'aucune manœuvre frauduleuse. Ces arrêts font une stricte application de la règle de l'article 1382. La déclaration mensongère faite par la femme réunit les conditions du délit civil. On n'a pas à se demander si, avec plus de diligence, il eût été possible au tiers ayant contracté avec la femme dotale de connaître les conditions spéciales de sa capacité. Le fait matériel du délit ou du quasi-délit commis par la femme la rend responsable sur ses biens dotaux ; les circonstances accessoires dans lesquelles le délit ou le quasi-délit a été commis ne peuvent modifier ce résultat (1).

(1) Cass. 23 novembre 1852, Sir. 52, 1, 769. — Rouen, 21 mai 1853, Sir. 53, 2, 428. — Montpellier, 2 mai 1854, Sir. 54, 2, 87. — Cass. 4 juillet 1877, Sir. 77, 1, 455. — Cass. 16 février 1880, Sir. 81, 1, 331.

D'autres arrêts, plus sévères, refusent au tiers lésé par la déclaration mensongère de la femme, non accompagnée de manœuvres frauduleuses, le droit de poursuivre sur les biens dotaux le paiement des dommages-intérêts qui lui ont été alloués en raison du préjudice qu'il a subi. Ces arrêts décident que les biens dotaux ne deviennent saisissables que si la femme a employé des manœuvres frauduleuses pour déterminer le tiers victime du délit à contracter avec elle et pour lui laisser ignorer le régime auquel elle était soumise (1).

Quelle importance que puisse avoir dans notre Code le principe d'équité de l'article 1382, le principe de l'inaliénabilité dotale mérite également quelques égards et si l'article 1382 contient une règle d'ordre public, la règle de l'inaliénabilité dotale qui touche dans une certaine mesure à la capacité de la femme n'a-t-elle pas aussi ce caractère ?

La jurisprudence tient parfois compte dans ses décisions des principes que le législateur a établis au sujet des délits et des quasi-délits commis par le mineur en contractant. La situation de la femme mariée sous le régime dotal et celle du mineur présentent en effet une analogie évidente. Les incapables ont une tendance à réagir contre les entraves qui leur sont imposées par la loi et les tiers acceptant leurs engagements doivent faire preuve d'une extrême prudence. Le législateur présume que la fausse déclaration du mineur contractant a été faite de connivence avec le tiers ayant accepté ses engagements, le mineur n'est pas responsable des conséquences de sa simple déclaration mensongère (art. 1307). La présomption établie par le législateur ne tombe et les biens du mineur ne deviennent

(1) Pau, 3 mars 1853, Sir. 56, 2, 428. — Toulouse, 12 juin 1860, Sir. 60, 2, 545.

saisissables que s'il a employé des manœuvres frauduleuses pour déterminer son cocontractant à accepter son obligation. Pourquoi ne pas appliquer les mêmes principes d'interprétation et la même présomption à la femme dotale ?

La disposition de l'article 1307 est exceptionnelle, et ne doit pas être étendue par analogie. Il existe, en ce qui concerne la femme mariée, une raison spéciale de décider qui doit, à notre avis, être prise en sérieuse considération, lorsqu'il s'agit d'autoriser ou de prohiber la saisie des biens dotaux, pour la réparation du préjudice résultant de la fausse déclaration de la femme.

La loi du 10 juillet 1850 donne à toute personne qui accepte l'engagement d'une femme mariée, la facilité de savoir si elle a fait un contrat de mariage. Sans doute, la femme mariée ne peut échapper aux conséquences des actes qu'elle accomplit de mauvaise foi ; mais les déclarations qu'elle fait, en contractant, doivent-elles être acceptées sans aucun contrôle ? Le plus souvent, les tiers peuvent connaître exactement les conditions de la capacité de la femme mariée dont ils sollicitent l'engagement. La loi de 1850 prescrit aux officiers de l'état civil de demander aux futurs époux, au moment de la célébration de leur mariage, s'ils ont fait un contrat réglant leurs intérêts pécuniaires, et d'insérer leur réponse à cet égard dans l'acte de mariage. L'exactitude des déclarations faites par une femme mariée au moment où elle s'engage, relativement au régime matrimonial qu'elle a choisi, peut donc être aisément contrôlée. Si elle déclare n'avoir pas fait de contrat de mariage, et si la même déclaration est reproduite dans l'acte civil de mariage, le tiers contractant avec la femme n'aura rien à craindre de l'inaliénabilité possible de ses biens, cette



dernière sera, vis-à-vis de lui, capable de contracter dans les termes du droit commun (art. 1391).

Nous donnerons à la question que nous avons posée une solution différente suivant que le tiers ayant contracté avec la femme dotale aura pu connaître exactement les règles de sa capacité, avant d'accepter son engagement, ou qu'il ne lui aura pas été possible de contrôler la déclaration que la femme lui aura faite.

La femme dotale, qui a déterminé le tiers à contracter avec elle, s'est-elle mariée avant 1850 ? Elle a déclaré n'avoir pas fait de contrat de mariage, son contractant n'aura eu aucun moyen de vérifier l'exactitude de cette déclaration ; si aucune circonstance de fait n'a pu lui indiquer l'existence du contrat de mariage, il pourra faire saisir les biens dotaux pour la réparation du préjudice que lui aura causé la fausse déclaration de la femme, alors même qu'elle n'aura usé envers lui d'aucune manœuvre frauduleuse. Nous n'appliquerons pas ici la règle exceptionnelle écrite pour le mineur (1).

Si, au contraire, la femme dont il a accepté l'engagement s'est mariée après la loi de 1850, son cocontractant a pu connaître les conditions de sa capacité et s'il est lésé par la déclaration mensongère de la femme, il peut se reprocher d'avoir manqué lui-même de prudence. L'acte de mariage de la femme indiquait l'existence d'un contrat de mariage, il devait le consulter et vérifier, au moment du contrat, l'exactitude de la déclaration de capacité faite

(1) M. Labbé (note sous Cass. 23 novembre 1883. Sir. 86, 1, 5), revient sur la solution qu'il a précédemment admise (Sir. 82, 2, 249, voir ci-dessus, p. 73). Le savant professeur assimile complètement la situation de la femme dotale à celle du mineur et n'autorise l'exécution sur les biens dotaux des obligations contractuelles de la femme que si elle s'est rendue coupable de manœuvres dolosives.

par la femme. Il est victime d'une erreur à laquelle il lui eût été facile de se soustraire.

Dans cette hypothèse, il ne pourra poursuivre sur les biens dotaux la réparation du préjudice que lui aura causé la fausse déclaration de la femme (1).

2. Une espèce mettant en application les mêmes principes s'est présentée en jurisprudence.

La femme soumise par son contrat de mariage au régime dotal vend conjointement avec son mari un immeuble qu'elle déclare disponible comme dépendant d'une société d'acquêts et dont elle est personnellement propriétaire en vertu d'un remploi (2). La femme fait ainsi sciemment une fausse déclaration, elle est de mauvaise foi, elle a accepté le remploi et doit savoir que l'immeuble qu'elle a vendu est dotal. Le tiers acquéreur ne peut vérifier la déclaration que la femme lui fait en contractant : l'acte par lequel le mari a acquis lui-même l'immeuble qu'il revend, ne contient ni la déclaration ni l'acceptation du remploi par la femme ; d'autre part, la cession consentie par le mari à la femme, antérieure à la loi du 23 mars 1855, n'a pas été transcrite, l'acquéreur n'a donc aucun moyen de connaître le véritable caractère de l'immeuble qui lui est vendu. La femme a commis ici une fraude en contractant et le paiement des dominages-intérêts auxquels elle sera condamnée pourra être poursuivi sur ses biens dotaux (3).

La même solution doit être donnée si la femme, ayant

(1) Comp., Lyon, 3 février 1883, Sir., 83, 2, 154. — Limoges, 5 décembre 1883, Sir. 83, 2, 110. — Lyon, 19 mai 1886, Sir., 88, 2, 134.

(2) Cass., 5 mai 1859, Sir., 59, 1, 293.

(3) Cass., 23 novembre 1852, Sir., 52, 1, 770.

des biens dotaux et des biens paraphernaux, a vendu un bien dotal en déclarant qu'il était paraphernal et si le tiers acquéreur, par l'examen des titres de propriété, et depuis la loi de 1855, par l'examen du registre des transcriptions, n'a pu connaître la nature de l'immeuble qui lui était transmis (1).

3. Mais supposons que la femme ait de bonne foi déclaré qu'elle était capable d'aliéner ses biens et de s'obliger sur tout son patrimoine. Une femme mariée sous le régime dotal déclare en contractant qu'elle a fait un contrat de mariage, mais elle se trompe dans l'interprétation des termes de ce contrat que son contractant n'a d'ailleurs pas la précaution de consulter; elle aliène ou hypothèque un immeuble, dont elle croit avoir la libre disposition et cet immeuble est dotal.

La jurisprudence décide que le tiers ayant contracté avec la femme, confiant dans la déclaration de capacité que cette dernière lui a faite de bonne foi, ne peut poursuivre sur les biens dotaux la réparation du préjudice qu'il a subi (2).

Le tiers est ici en faute de n'avoir pas consulté le contrat de mariage de la femme dont il a accepté l'engagement et d'avoir partagé l'erreur d'interprétation que cette dernière a commise.

4. Une autre hypothèse met en jeu l'application des principes que nous avons établis et de la distinction signalée entre les diverses obligations ayant pour cause un délit ou un quasi-délit commis par une femme dotale en contractant.

Dans une vente aux enchères, une femme dotale se rend adjudicataire; elle ne peut exécuter les conditions

(1) Toulouse 12 juin 1860, Sir. 60, 2, 545.

(2) Comp. Lyon 3 fév. 1883 et 19 mai 1886, arrêts cités, page précédente.

de l'adjudication et une revente sur folle enchère intervient, le prix de la seconde adjudication est inférieur à celui de la première, la femme sera-t-elle tenue sur ses biens dotaux de la différence entre les prix des deux adjudications ?

Plusieurs auteurs ne font aucune distinction suivant les circonstances dans lesquelles se produit la folle enchère et déclarent, dans tous les cas, la femme responsable sur ses biens dotaux des conséquences de la folle enchère prononcée contre elle.

La jurisprudence est à bon droit moins absolue dans ses solutions. Elle décide différemment suivant qu'en se rendant adjudicataire, la femme dotale a été de bonne ou de mauvaise foi, suivant qu'elle a enchéri croyant qu'elle pouvait satisfaire aux conditions de l'adjudication ou sachant qu'elle ne pouvait payer le prix.

La vente aux enchères est un contrat dont les conditions sont établies dans le cahier des charges et acceptées par l'adjudicataire par le fait même des enchères et de l'adjudication prononcée en sa faveur. Le vendeur, lorsqu'il met ses biens en vente aux enchères, renonce au droit de choisir son acquéreur et de s'assurer de sa solvabilité, il espère par ce moyen obtenir de son immeuble un prix plus élevé. Si une femme dotale agissant imprudemment mais sans mauvaise foi, se rend adjudicataire et laisse prononcer contre elle la folle enchère, elle commet une faute en contractant. Certainement cette faute tombe sous l'application de l'article 1382, mais elle ne suffit pas pour rendre les biens dotaux saisissables. La femme a fait de bonne foi et en dehors de toute idée de dol une mauvaise spéculation, elle s'est rendue coupable d'une faute contractuelle, sa dot ne pourra être saisie pour le paiement de

l'indemnité de folle enchère à laquelle elle aura été condamnée. (1).

Une solution contraire devra être donnée et la saisie des biens dotaux sera permise si en se rendant adjudicataire la femme a agi de mauvaise foi et sachant qu'elle était dans l'impossibilité de faire face à son engagement (2).

5. Citons enfin une dernière hypothèse qui à certains points de vue peut être rapprochée de celles que nous avons examinées et sur laquelle la jurisprudence a eu fréquemment à statuer.

Une femme adopte le régime dotal, devient commerçante pendant son mariage et omet de publier ses conventions matrimoniales, conformément à la prescription de l'article 69 du Code de commerce. Des tiers contractent avec la femme, ignorant le régime matrimonial qu'elle a choisi et la croyant capable de s'obliger. Peuvent-ils invoquer le défaut de publicité de son contrat de mariage et obtenir le paiement sur les biens dotaux des dommages intérêts représentant le préjudice qu'ils ont subi ?

La jurisprudence a toujours admis que l'omission par la femme commerçante de publier son contrat de mariage constituait de sa part un quasi-délit dont elle était responsable même sur ses biens dotaux (3).

Et cependant les tiers contractant avec la femme et auxquels l'inaliénabilité dotale cause un préjudice ont été imprudents en acceptant son engagement sans s'informer des conditions de sa capacité. Pourquoi ne sont-ils pas,

(1) Cass. 21 août 1848, S. 48, 1, 542. — Cass. 15 juin 1864, S. 64, 1, 363. — Grenoble 12 juin 1860, Sir. 61, 2, 199. — Pau 2 juin 1880, Sir. 82, 2, 249.

(2) Agen 5 février 1865, Sir. 65, 2, 240.

(3) Cass. 29 juillet 1869, Sir. 70, 1, 11. — Chambéry 18 novembre 1868, Sir. 69, 2, 129. — Cass. 24 décembre 1860, Sir. 61, 1, 983. — Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 246, p. 122, texte et note 3.

dans cette hypothèse, régis par cette règle qui oblige tout contractant à s'enquérir de la capacité de son contractant.

Sans doute on répondra que, dans les relations du commerce, les personnes acceptant l'engagement d'une femme mariée n'ont pas le loisir d'examiner les conditions de sa capacité. Mais remarquons qu'ici nous nous trouvons en présence d'un régime prohibitif dont le but est de protéger la femme contre les conséquences de ses engagements contractuels.

Nous ne poursuivrons pas l'examen des hypothèses qui se sont présentées en jurisprudence; les quelques espèces, que nous avons choisies, suffisent pour indiquer la tendance manifestée par les arrêts.

Terminons ce chapitre par une observation générale.

Lorsque les créanciers de la femme dotale auront le droit de saisir les biens dotaux pour la réparation du délit ou du quasi délit dont ils auront été victimes ou pour l'exécution de l'obligation mise à la charge de la femme par la loi, ils devront respecter le droit d'usufruit appartenant au mari sur les biens dotaux (1); la pleine propriété des biens dotaux ne deviendra le gage des créanciers que s'ils ont obtenu condamnation à la fois contre le mari et la femme.

(1) Cass. 16 février 1880. Sir. 81, 1, 351.





## DEUXIÈME PARTIE

### DES DÉROGATIONS GÉNÉRALEMENT APPORTÉES PAR LE CONTRAT DE MARIAGE A LA RÈGLE DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT.

---

L'inaliénabilité de la dot qui est la principale conséquence de l'adoption du régime dotal nuit à la prospérité de la fortune de la femme en rendant impossible toute transmission des biens dotaux. Les effets de l'inaliénabilité, dont la jurisprudence a étendu l'application à la dot mobilière, sont devenus très rigoureux avec l'importance qu'a prise de nos jours cette partie de la fortune de la femme. Aussi, lorsqu'elle se soumet au régime dotal, la femme use-t-elle très fréquemment aujourd'hui de la faculté qui lui est accordée par le législateur dans l'article 1557, de déroger au principe de l'inaliénabilité des biens dotaux, il est peu de contrats de mariage où cette règle ne soit modifiée.

Le régime dotal en effet, tel qu'il a été réglementé par le législateur de 1804, n'est plus approprié à l'état actuel de nos mœurs et aux nécessités sociales de notre époque ; modifié, il répond aux intentions de certains contractants et aux besoins de certaines situations.

Deux sortes d'exceptions existent au principe de l'inaliénabilité dotale : les unes prévues par le Code civil, qui autorise l'aliénation des immeubles dotaux dans diverses hypothèses dignes de faveur, mais subordonne la validité de l'aliénation à l'autorisation de justice (art. 1558 et 1559), les autres laissées à l'appréciation des époux qui les règlementent librement dans leur contrat de mariage. (Art. 1557.)

Dans la première partie de notre thèse, nous avons étudié les restrictions qui sont apportées à la capacité de la femme mariée par l'adoption du régime dotal, tel qu'il est établi par le Code civil et indépendamment de toutes dérogations aux règles strictes de ce régime insérées par les époux dans leurs conventions matrimoniales.

Dans une seconde partie, nous examinerons les principales modifications qui sont généralement apportées par le contrat de mariage aux règles du régime dotal et nous nous demanderons quelle est leur portée et quels doivent être leurs effets sur la capacité de la femme. Nous indiquerons les solutions de la jurisprudence sur les diverses questions qui feront l'objet de notre étude.

Le plus souvent, la femme se réserve par son contrat de mariage le droit d'aliéner ses biens dotaux avec la seule autorisation de son mari.

Très souvent aussi, en se réservant le droit d'aliéner, la femme oblige son mari à faire emploi des prix de vente et de toutes les sommes qu'il recevra pour elle pendant le mariage.

Nous diviserons cette seconde partie en deux chapitres, d'étendue d'ailleurs très-inégale, l'un consacré à l'étude de la faculté d'aliéner et à l'examen des différents droits dont la femme peut, dans son contrat de mariage, se réserver

l'exercice, l'autre consacré à la faculté d'aliéner la dot à charge de remploi et à l'obligation imposée au mari d'opérer l'emploi des sommes dotales reçues pendant le mariage.

---

## CHAPITRE PREMIER

### DE LA RÉSERVE DU DROIT D'ALIÉNER LA DOT ET DE SES EFFETS.

---

#### SECTION I

##### DE L'ALIÉNATION DE LA DOT PERMISE PAR LE CONTRAT DE MARIAGE. — DES RÈGLES D'INTERPRÉTATION HABITUELLE- MENT SUIVIES EN PRATIQUE ET EN JURISPRUDENCE.

« L'immeuble dotal peut être aliéné lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage » (art. 1557).

Cette faculté d'aliéner la dot n'existait pas en droit romain ; l'inaliénabilité était à Rome une règle d'ordre public à laquelle aucune dérogation n'était possible.

Dans notre ancienne jurisprudence, lorsque les principes du droit romain pénétrèrent dans les pays de coutume, la dot garda son caractère d'inaliénabilité, mais quelques exceptions cependant furent admises. La coutume d'Auvergne permit à la femme majeure d'autoriser son mari, dans son contrat de mariage, à vendre les biens dotaux et dans quelques provinces du ressort du Parlement de Paris : le Lyonnais, le Beaujolais, le Forez et le Mâconnais, on décida que la dot serait aliénable sans condition.

Les rédacteurs de notre Code civil n'ont pas craint de manifester souvent leurs préférences pour le régime de la communauté, ils n'ont d'ailleurs admis le régime dotal dans nos lois que sur les vives instances des représentants des

provinces du Midi. Aussi n'ont-ils pas hésité à permettre une dérogation conventionnelle au principe de l'inaliénabilité de la dot. Le régime dotal, dans notre droit, n'est plus, comme à Rome, le régime légal obligatoire, il ne touche plus à l'ordre public, les époux peuvent s'y soustraire, on comprend qu'ils puissent le modifier et repousser quelques-uns de ses effets.

Le Code civil permet aux époux de stipuler dans leur contrat de mariage la faculté d'aliéner les immeubles dotaux.

Cette indication n'est pas limitative, la femme peut se réserver d'autres droits de disposition sur ses biens dotaux.

Les réserves faites par la femme dans son contrat de mariage lorsqu'elle adopte le régime dotal, ont généralement pour but de modifier la règle de l'inaliénabilité et les pouvoirs d'administration accordés au mari par la jurisprudence. Ces dérogations aux principes du régime dotal modifient profondément les conditions de la capacité de la femme et il est souvent peu aisé de déterminer exactement la limite dans laquelle une femme mariée sous le régime dotal a pu s'obliger, lorsque les clauses de son contrat de mariage, apportant exception aux conséquences du régime qu'elle a choisi, ne sont pas nettement formulées.

L'interprétation d'un contrat de mariage est souvent difficile et si la précision dans les termes des conventions a quelque part une importance capitale, c'est bien en cette matière. Les contrats de mariage contiennent assez souvent la reproduction des dispositions mêmes du Code civil. Sans doute il n'y a dans cet usage rien qui soit sujet à critique. Pourquoi empêcher les notaires « de montrer leurs droits et leurs obligations à des parties plus dispo-



sées à lire leurs contrats de mariage que les articles du Code civil réputés par elles plus difficiles à trouver et à comprendre (1). Ce qui est plus périlleux que la reproduction des dispositions législatives, ce sont les commentaires des articles du Code parfois insérés dans les contrats de mariage.

M. Troplong recommande aux notaires de rédiger les contrats de mariage dans le sens de la liberté que les futurs époux entendent se procurer. « Il sera possible par les conventions, dit-il, de corriger les vices d'une jurisprudence qui affecte de ne pas comprendre le vrai sens des mots et qui exige des synonymes, des redondances, des clauses surabondantes et inutiles. Je signale aux officiers ministériels l'utilité de ces clauses ordinairement de style mais désormais fort importantes. »

Nous considérons volontiers que la meilleure rédaction d'un contrat de mariage est celle qui se borne à indiquer les articles du Code à l'application desquels les époux ont voulu se soumettre ; mais, si cette appréciation est exacte, lorsque les époux stipulent la communauté ou la communauté de biens réduite aux acquêts que l'on peut aujourd'hui considérer comme le régime habituel de certaines régions, peut-être cesse-t-elle d'être aussi juste lorsque les époux adoptent le régime dotal. Les conséquences normales de ce régime, nous l'avons reconnu en étudiant la nature de la dot mobilière, ne sont pas déduites par la jurisprudence. D'autre part, le régime dotal qui, lors de la rédaction du Code, pouvait répondre aux nécessités sociales, n'est plus en harmonie avec l'état actuel de

(1) Colmet de Santerre, T. VI, n° 79 bis IV. p. 193.

(2) *Loc. cit.*, T. IV n° 3394.

la richesse publique. Les notaires sont donc aujourd'hui tenus de réglementer les intérêts des époux d'une manière plus conforme à l'état de leurs biens et de substituer à un régime dotal, qui ne suffit plus à protéger la dot mobilière de la femme, un régime plus favorable à sa conservation.

L'idée qu'a émise M. Troplong a fait fortune. Aujourd'hui, le régime dotal, tel qu'il résulte du Code civil ou de l'interprétation donnée par la jurisprudence à la question de la dot mobilière, a cessé d'être adopté en pratique. Chaque fois que les époux adoptent le régime dotal, ils font exception au principe de l'inaliénabilité de la dot et réglementent spécialement les pouvoirs d'administration du mari et les conditions de la capacité de la femme.

Ce sont les dérogations apportées en pratique aux principes du régime dotal qui doivent nous occuper dans ce chapitre.

Tout d'abord indiquons quelques règles d'interprétation que les décisions de jurisprudence paraissent mettre particulièrement en relief.

I. L'inaliénabilité absolue, qui est la conséquence normale de l'adoption du régime dotal, reçoit exception dans la plupart des contrats de mariage ; mais l'inaliénabilité n'en reste pas moins la règle fondamentale du régime choisi par la femme et les dérogations apportées à cette règle ne doivent pas être étendues par analogie à d'autres hypothèses que celles strictement prévues par les clauses du contrat de mariage. On ne doit pas en effet oublier, dans une telle interprétation, que les époux ont en principe admis comme base de leur association conjugale le régime dotal et qu'ils se sont soumis à l'application de toutes les règles de ce régime auxquelles ils n'ont pas formellement déclaré vouloir déroger.

Aussi la jurisprudence interprète-t-elle restrictivement les diverses réserves stipulées par la femme dotale dans son contrat de mariage.

Les parties doivent, si elles entendent sacrifier dans une plus ou moins large mesure la garantie résultant de l'inaliénabilité, s'exprimer en termes exempts d'équivoque; la plupart des arrêts imposent cette condition qu'exige l'intérêt des tiers contractant avec la femme dotale aussi bien que l'intérêt de la femme elle-même (1).

II. Dans l'interprétation d'un contrat de mariage, on doit s'inspirer, pour déterminer exactement les conditions de la capacité de la femme, de l'ensemble des clauses qui y sont insérées. Le sens de telle clause, qui envisagée seule peut paraître équivoque, ne sera souvent aperçu qu'après la lecture de l'ensemble des stipulations faites par les époux et résultera de l'idée générale qui les aura inspirées. La Cour de Cassation fait une fréquente application de ce principe d'interprétation et beaucoup de ses solutions sont basées sur l'ensemble des clauses insérées dans le contrat de mariage et sur l'intention qui a présidé à leur rédaction.

III. On a parfois soutenu que l'interprétation des clauses d'un contrat de mariage n'était qu'une question de fait et échappait, par cela même, au contrôle de la Cour de Cassation. Cette idée, prise à la lettre, est inexacte et comporte une distinction.

Une différence importante est à signaler entre l'interprétation des contrats de mariage et l'interprétation des autres conventions.

Les tribunaux sont en principe seuls juges des questions de fait qui leur sont soumises et la Cour de Cassation n'a

(1) Cass. 26 juin 1861 Sir. 61, 4, 772.

pas à examiner si les décisions qui sont portées devant elle ont bien ou mal interprété l'intention manifestée par les parties, elle rejette les pourvois basés sur un semblable motif. Son seul rôle est de décider si les tribunaux ont fait une exacte application de la loi et s'ils ont déduit exactement des conventions des parties les conséquences que la loi leur permettait d'en déduire.

Lorsqu'il s'agit de l'interprétation des contrats de mariage, le rôle de la Cour de Cassation est différent.

Par un arrêt des chambres réunies du 8 juin 1858, la Cour de Cassation a décidé qu'il lui appartenait d'interpréter les contrats de mariage, au point de vue du régime que les époux ont voulu adopter et des conséquences pouvant résulter de l'adoption de ce régime (1). De même, le sens des dérogations que les époux ont apportées aux conséquences légales du régime matrimonial qu'ils ont choisi doit être déterminé souverainement par la Cour de Cassation et les décisions des Cours d'appel statuant sur ces questions lui sont valablement déférées (2).

Le pouvoir souverain d'interprétation que s'attribue la Cour de cassation est pleinement justifié. Les contrats de mariage n'intéressent pas seulement les époux mais aussi l'ordre public et la société et « à ce titre, a dit un savant « magistrat, leur appréciation appartient à la Cour de Cassation qui puise dans ses attributions le droit de rechercher si le caractère et les effets attribués par la loi aux « stipulations que ces actes contiennent n'ont pas été « dénaturés par les juges du fait (3). »

(1) Sirey 1858, 1, 417.

(2) Cass. 1<sup>re</sup> juin 1853. Sir. 53, 1, 730. — Comp. Cas. 2 février 1870 S. 1870, 1, 284.

(3) M. Dupin, procureur général. Réquisitoire dans l'arrêt du 8 juin 1858.

## SECTION II

DE L'INFLUENCE SUR LA CAPACITÉ DE LA FEMME.  
DE LA RÉSERVE DU DROIT D'ALIÉNER LA DOT.

Examinons le sens des diverses dérogations que la femme ayant adopté le régime dotal peut apporter par les stipulations de son contrat de mariage au principe de l'inaliénabilité et leurs effets au point de vue de la capacité de la femme.

La femme peut se réserver le droit d'*aliéner* ses immeubles dotaux ; pourra-t-elle se réserver le droit de les *hypothéquer* ?

On a soutenu que la femme adoptant le régime dotal ne pouvait se réserver le droit d'hypothéquer ses immeubles. La défense absolue d'hypothéquer la dota été édictée à Rome bien avant la défense de l'aliéner (1). Les jurisconsultes romains reconnaissaient en effet que l'hypothèque était plus dangereuse que l'aliénation. D'autre part, dit-on, l'article 1557 indique que la femme peut se réserver le droit d'aliéner ses immeubles dotaux, mais ne fait aucune allusion au droit pour la femme de les hypothéquer. Le silence du législateur dans l'article 1557 est d'autant plus significatif que dans l'article 1554 où il établit le principe de l'inaliénabilité, il a pris soin de défendre l'aliénation et l'hypothèque des immeubles dotaux ; dans l'article 1557 il n'a autorisé que l'aliénation.

Le régime dotal de notre Code civil n'est pas le régime absolu qu'ont connus les Romains. A Rome, l'inaliénabilité du fonds dotal était chose d'intérêt public, le régime dotal était le régime légal ; dans notre droit l'inaliénabilité est

(1) Accarias. Précis de droit romain, 1, n° 314.

chose d'intérêt privé, le régime dotal est offert au choix des parties mais ne leur est pas imposé.

L'argument tiré de la comparaison des articles 1554 et 1557 et de la différence de rédaction de ces deux articles paraît faible en présence du principe de la liberté des conventions matrimoniales. Ce principe, à notre avis, suffit à lui seul à justifier le droit pour la femme adoptant le régime dotal de stipuler dans son contrat de mariage la faculté d'hypothéquer ses immeubles dotaux. Sous tous les régimes matrimoniaux la femme autorisée de son mari a le droit d'hypothéquer ses immeubles propres ; le Code civil permet d'allier entre eux les différents régimes matrimoniaux et d'en concilier les effets, rien n'indique que la faculté d'hypothéquer ses biens propres, qui appartient à la femme sous les divers régimes autres que le régime dotal, soit contraire aux règles spéciales à ce dernier régime (1).

Mais lorsque la femme se sera réservé le droit d'*aliéner* ses immeubles dotaux, cette réserve comprendra-t-elle le droit de les *hypothéquer* ? Quel est le sens du mot aliéner dans l'article 1557 ? Le mot *aliéner* a, en droit, deux significations. Dans un sens large, cette expression comprend le droit absolu de disposer d'une chose par vente, par échange, par donation, elle comprend en outre le droit de conférer sur la chose tous droits réels, elle autorise l'hypothèque et, en un mot, tout démembrement de la propriété. Dans un sens restreint, le mot aliéner ne comprend que le droit de transférer la propriété à titre onéreux mais le sens de cette expression ne s'étend pas

(1) Cass. 13 décembre 1853, Sir. 54,1,17. — Cass. 18 nov. 1862, Sir. 63, '1, 5. — Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 59, p. 574. — Laurent, XXIII, n° 516.



aux autres droits que peut concéder le propriétaire, notamment au droit d'hypothéquer. M. Troplong, qui s'est toujours montré adversaire résolu du régime dotal, a soutenu que l'expression *aliéner* a été employée par le législateur, dans l'article 1557, dans un sens large et que cette expression comprenait le droit d'hypothéquer. Les raisons invoquées par M. Troplong à l'appui de sa thèse n'ont pas triomphé devant la Cour de Cassation. La jurisprudence a toujours admis que la faculté d'hypothéquer n'était pas implicitement comprise dans la faculté d'aliéner et que la femme mariée sous le régime dotal ne pouvait hypothéquer ses immeubles dotaux, que si son contrat de mariage lui conférait expressément ce droit (1).

La femme qui se sera réservé le droit d'*aliéner* ses immeubles dotaux, pourra-t-elle valablement *disposer des prix de vente*, lorsqu'elle n'aura stipulé dans son contrat de mariage aucune obligation de remploi ? La femme, à notre avis, en se réservant purement et simplement le droit de vendre ses immeubles dotaux, s'est placée dans la position d'une femme commune en biens aliénant ses propres. Le mari, en qualité d'administrateur de la fortune de la femme, recevra les prix de vente et en aura l'entière disposition. Les acquéreurs des immeubles dotaux, dans notre espèce, n'auront pas le droit, à l'époque de leur libération, d'exiger du mari un remploi (2). La femme n'a pas dans son contrat de mariage stipulé une pareille

(1) Cass. 18 novembre 1862, Sir. loc. cit. — Cass. 1<sup>er</sup> décembre 1868, Sir. 1869, 1, 59. — Caen, 1<sup>er</sup> avril 1876, Sir. 1876, 2, 291. — Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 60, p. 575.

(2) Aubry et Rau, V p. 577, note 70, § 537. — Benech, loc. cit., n° 73. Colmet de Santerre, VI, n° 229 bis. — Limoges, 6 décembre 1844, Sir. 45, 2, 260. — Comp. Cass. Chambres réunies, 29 mai 1839, Dall. Jur. gen. T. XIV, n° 3553.

garantie, on ne doit pas la suppléer, le paiement fait au mari créera en faveur de la femme une créance en reprise garantie par son hypothèque légale.

La jurisprudence donne au mot *aliéner* le sens de l'expression « *disposer à titre onéreux*. » Elle reconnaît ainsi à la femme qui s'est réservé la faculté d'aliéner ses biens dotaux le droit de les vendre et de les échanger (1).

Nous n'indiquerons pas quels actes la femme mariée sous le régime dotal peut accomplir valablement, lorsqu'elle a stipulé l'aliénabilité de ses biens dotaux, nous ne pourrions en donner qu'une fastidieuse énumération. Les quelques espèces que nous avons citées suffisent à indiquer la tendance très caractérisée de la jurisprudence à interpréter restrictivement toutes les exceptions apportées par le contrat de mariage à l'inaliénabilité.

Il nous reste, pour terminer ce chapitre, à examiner les effets de la réserve faite par la femme dotale de la faculté d'aliéner ses biens dotaux, sur les obligations qu'elle peut contracter et sur les pactes qu'elle peut consentir relativement à l'hypothèque légale qui garantit la restitution de sa dot.

Cette stipulation d'aliénabilité emportera-t-elle pour la femme le droit de contracter des obligations susceptibles d'être exécutées sur ses biens dotaux ?

On aliène un bien directement par une vente, par une cession, ou indirectement en contractant une obligation dont l'inexécution pourra en déterminer la vente. Nous avons refusé à la femme qui s'est réservé par contrat de mariage le droit d'aliéner ses immeubles la faculté de les hypothéquer, nous ne pensons pas non plus que la faculté

(1) Agen 4 décembre 1854, Sir. 55, 2, 62.

d'*aliéner* la dot permette à la femme de *donner ses biens dotaux en gage* aux créanciers envers lesquels elle s'obligera pendant le mariage.

Dans une espèce sur laquelle la cour de Bordeaux a eu à statuer le 22 décembre 1857 (1), la femme dotale s'était réservé « la faculté de vendre et aliéner ses biens dotaux à tels prix, clauses et conditions qu'il lui plairait, sans être assujettie à aucune espèce de emploi. » La cour a décidé que cette clause n'avait pas pour effet de rendre les biens dotaux saisissables par ses créanciers. Les motifs par lesquels la cour de Bordeaux a appuyé sa décision, méritent d'attirer l'attention. La cour observe : qu'on doit distinguer, dans les réserves faites par le contrat de mariage, les clauses tendant à affranchir la femme des restrictions mises à la liberté pour elle et son mari de disposer de ses biens et les clauses tendant à soumettre ses biens aux poursuites éventuelles de la part des tiers. Dans le premier cas, le droit le plus large de disposition réservé par la femme rencontre pour limite la défense de compromettre la dot par des engagements. Dans le second cas, au contraire, la femme a abdiqué les garanties du régime qu'elle a choisi. La cour paraît fonder sa décision sur cette considération que la femme ne s'était pas réservé le droit d'hypothéquer ses immeubles.

Mais la réserve par la femme du droit d'hypothéquer ses immeubles permettra-t-elle à ses créanciers de saisir les immeubles dotaux ? On a parfois autorisé, dans l'hypothèse qui nous occupe, l'exécution sur les biens dotaux des obligations que la femme avait contractées sans consentir une affectation hypothécaire (2). L'hypothèse

(1) Sir. 1858, 2, 529.

(2) Lyon 2 août 1845, S. Dev. 1846, 2, 361. — Cass. 9 juin 1847, Sir. Dev. 47, 1, 616. — Cass 3 avril 1849, Sir. 49, 1 385.

que, a-t-on dit, n'est jamais que l'accessoire d'une obligation ; or, du moment que la femme s'est par son contrat de mariage réservé le droit d'hypothéquer ses immeubles, elle a par là même prévu qu'il serait utile aux intérêts du ménage qu'elle put s'obliger, le droit d'hypothéquer lui permettra de contracter des obligations pures et simples (1).

La jurisprudence, malgré quelques divergences dans ses arrêts, reste fidèle au principe d'interprétation qu'elle admet en cette matière : on ne doit pas étendre aux cas non déterminés dans le contrat de mariage les dérogations qui sont apportées à l'inaliénabilité de la dot. Le droit pour la femme de s'engager par un certain mode d'obligation ne lui permet pas de s'obliger par un autre mode non autorisé par ses conventions matrimoniales. Sans doute, l'engagement contracté par une femme dotale et garanti par une hypothèque sur ses immeubles dotaux paraît plus grave pour ses intérêts qu'un simple engagement chirographaire. Mais on peut soutenir que si la femme consent, en vertu d'une clause de son contrat de mariage, une hypothèque sur ses immeubles dotaux, elle peut facilement prévoir les conséquences possibles de son obligation, tandis que si elle contracte un engagement pur et simple, elle ne comprendra pas aussi bien les dangers auxquels elle expose sa fortune dotale ; la perspective lointaine de l'expropriation ne sera pas entrevue lors de l'engagement qu'elle souscrira.

Nous admettons avec la jurisprudence, en nous fondant sur le principe de l'interprétation restrictive dont on ne doit pas se départir en cette matière toute d'exception, que la faculté d'aliéner et d'hypothéquer ses biens réservée par la femme dans son contrat de mariage ne rendra pas

(1) Troplong. loc. cit., t. IV, n° 3397.

les biens dotaux saisissables pour l'exécution des engagements contractés par elle (1).

L'inaliénabilité de la dot mobilière, telle que l'admet la jurisprudence, a le seul effet de rendre la femme incapable de consentir une subrogation dans le bénéfice de son hypothèque légale. Cette incapacité subsistera-t-elle lorsque la femme se sera réservé le droit d'aliéner ses biens dotaux ?

La jurisprudence décide que la *réserve d'aliéner* sa dot stipulée par la femme ne lui donne pas le droit de *subroger à l'hypothèque légale* lui appartenant sur les biens de son mari. La Cour de Cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens (2). Lorsque la femme adopte le régime dotal, elle entend s'assurer les diverses garanties propres à ce régime, se rendre incapable d'aliéner ses biens dotaux, de céder ses reprises et de renoncer à son hypothèque légale. Si, dans son contrat de mariage, la femme se réserve le droit d'aliéner ses biens, sans faire aucune allusion au droit de céder ses reprises et l'hypothèque légale qui en garantit la restitution, on ne peut admettre que la réserve du droit d'aliéner sa dot l'autorise à consentir une subrogation à son hypothèque légale ; l'impossibilité pour la femme de céder sa créance en reprise et l'hypothèque qui assure cette créance sert précisément de correctif au droit qu'elle s'est réservé d'aliéner ses biens dotaux.

La plupart des arrêts constatent que la subrogation à son hypothèque légale est pour la femme un acte beaucoup plus dangereux que l'aliénation directe de ses biens :

(1) Cass., 3 avril 1849, Sir. 49, 1, 383. — Aubry et Rau. V. § 537, texte et note 66, p. 576. — Laurent XXIII, n° 517.

(2) Cass., 4 juin, 2 juillet, 1<sup>re</sup> et 21 août 1866, Sir. 66, 1, 281, 315, 363 et 423. — Cass., 17 décembre 1866, Sir. 67, 1, 114. — Cass., 7 avril 1868, Sir. 68, 1, 270.

« L'acte par lequel une femme en s'engageant solidaire-  
 « ment dans un emprunt contracté par son mari, a dit la  
 « Cour de Rennes le 8 novembre 1855, subroge le créan-  
 « cier dans les effets de son hypothèque légale, ne présente  
 « les caractères ni d'une vente, ni d'un échange de biens  
 « dotaux, ni d'une hypothèque accordée sur lesdits biens,  
 « s'il aboutit à une aliénation de tout ou partie de la dot  
 « mobilière, c'est par une voie indirecte d'autant plus dan-  
 « gereuse que le péril est moins immédiat mais certain et  
 « moins facilement senti ; autre chose est de permettre à  
 « une femme mariée sous le régime dotal et dont le mari  
 « possède des immeubles, la vente, l'échange et l'hypo-  
 « thèque de son bien et autre chose, de lui concéder la  
 « possibilité de renoncer à la garantie du recours qui,  
 « dans l'hypothèse où elle aura aliéné ses biens propres,  
 « lui est assuré sur les biens du mari ; il suit de là que  
 « c'est précisément à l'inaliénabilité des biens de la femme,  
 « sous ce point de vue, qu'a dû se rattacher, dans l'inten-  
 « tion des parties, l'adoption dans le contrat de mariage  
 « du régime dotal (1).

La Cour de Cassation a toujours refusé à la femme mariée sous le régime dotal le droit de subroger à son hypothèque légale, chaque fois que le droit de consentir cet acte n'était pas spécialement réservé dans le contrat de mariage. Par un arrêt du 2 juillet 1866 la Cour suprême a annulé la cession de ses reprises et de son hypothèque légale consentie par une femme mariée sous le régime dotal qui s'était réservé le droit de « céder, transporter et vendre ses capitaux, rentes, créances et autres valeurs mobilières sans remploi (2) ».

(1) Arrêt confirmé en Cassation par décision du 16 décembre 1856. Sir. 57, 1, 582, — Comp. Lyon, 3 février 1883. Sir. 85, 2, 154.

(2) Sir. 1886, 1, 315.



Les solutions de la jurisprudence sont contredites par de nombreux auteurs qui considèrent la faculté pour la femme de céder ses reprises et de subroger à son hypothèque légale comme comprise dans la faculté d'aliéner ses biens (1). La cession de ses reprises consentie par une femme mariée n'est, dit-on, pas autre chose que l'aliénation d'une créance dotale et de l'hypothèque légale qui y est attachée. Lorsque la femme subroge à son hypothèque légale, elle dispose éventuellement et conditionnellement de sa dot, elle consent l'aliénation d'un bien dotal.

On cherche à opposer à la jurisprudence une contradiction (2). Une même interprétation, dit-on, doit être donnée, dans l'hypothèse où la femme s'est réservé par son contrat de mariage le droit d'aliéner sa dot et dans les hypothèses où le législateur a autorisé lui-même l'aliénation des biens dotaux, lorsqu'il s'agit de l'établissement des enfants, de tirer le mari ou la femme de prison ou de fournir des aliments à la famille (art. 1555, 1556, 1558). Lorsque la femme dotale veut doter ses enfants, la jurisprudence admet qu'elle peut donner directement ses biens dotaux, les aliéner, en affecter le prix au paiement de la dot qu'elle constitue ou les donner en gage à un prêteur et consentir en sa faveur une subrogation à son hypothèque légale (3). Il n'y a, dit-on, aucune raison de décider autrement, lorsque la dot est aliénable en vertu d'une clause du contrat de mariage et tous les modes d'aliénation de la dot doivent être autorisés.

(1) Berthauld, *De la subrogation*, p. 114, n° 39. — Paul Pont, *Priv. et hyp.*, t. I, n° 453. — Méringhac, *Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme*, p. 81, n° 28. — Gérardin, *Revue pratique*, 1867, p. 97. — Contra Aubry et Rau, t. V, § 537, note 65 et 537 bis, note 17, 4<sup>e</sup> édit.

(2) Paul Pont, *Loc. cit.*, p. 496, n° 453.

(3) Cass. 1<sup>er</sup> avril 1845. Sir. 45, 1, 256.

Il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici d'une question d'interprétation de la volonté des parties. Lorsque la femme stipule dans son contrat de mariage le droit d'aliéner sa dot, veut-elle se réserver le droit de l'aliéner directement afin de mettre le prix d'aliénation à la disposition du mari ou entend-elle se rendre capable de l'aliéner indirectement par tous les modes d'obligation autorisés par la loi ? Nous estimons, avec la jurisprudence, que l'adoption du régime dotal en tête du contrat de mariage commande l'interprétation restrictive. En se réservant le droit d'aliéner ses biens, après s'être soumise à tous les effets de la dotalité, la femme n'a pas l'intention de se placer au point de vue de sa capacité et de la disponibilité de sa dot, dans la situation d'une femme non dotale ; l'adoption du régime dotal n'aurait alors aucune raison d'être. Bien différentes sont les exceptions à l'inaliénabilité formulées dans les articles 1555, 1556 et 1558. Ces hypothèses sont des plus favorables et justifient pleinement la dérogation apportée à l'inaliénabilité par le législateur. Dans la plupart d'entre elles l'aliénation de la dot n'aura lieu qu'après autorisation de justice ; on comprend alors que la jurisprudence autorise l'aliénation des biens dotaux même par des modes indirects ; il ne s'agit plus ici d'interpréter le sens d'une exception apportée par la femme à la règle de l'inaliénabilité mais de donner à une disposition légale le sens que le législateur a vraisemblablement voulu lui attribuer.

Concluons. Lorsque la femme adopte le régime dotal, elle se soumet à tous les effets de ce régime auxquels elle n'apporte pas une exception formelle. L'interprétation restrictive donnée par la jurisprudence à la réserve du droit d'aliéner ses biens dotaux stipulée dans le contrat

de mariage nous paraît la seule conforme à l'intention de la femme. Si l'on admet avec quelques auteurs que la réserve d'aliéner la dot comprend le droit pour la femme de donner ses biens dotaux en gage aux créanciers envers lesquels elle s'obligera pendant le mariage, le droit de céder ses reprises et de subroger à son hypothèque légale, que restera-t-il de l'incapacité qui est l'effet principal du régime dotal auquel la femme a déclaré vouloir se soumettre ? L'idée de la dotalité doit avoir une influence prépondérante dans l'interprétation de toutes les clauses stipulées dans le contrat de mariage et nous considérons que les exceptions apportées par la femme à l'inaliénabilité dotale doivent être strictement limitées aux actes qu'elle a prévus.

Mais, dira-t-on, avec une telle interprétation, on arrive à exiger de la part de la femme l'indication précise, la nomenclature des actes qu'elle aura la faculté de consentir et la femme mariée sous le régime dotal ne pourra valablement subroger à son hypothèque légale et obliger ses biens dotaux à l'exécution de ses engagements que si, par son contrat de mariage, elle s'est réservée expressément ce droit ; c'est là une exagération contraire aux règles habituelles de l'interprétation.

Il y a une part de vérité dans cette critique. La jurisprudence est arrivée en s'opposant formellement à toute interprétation par analogie, à obliger la femme à donner en quelque sorte dans son contrat de mariage une énumération des actes qu'elle aura la capacité d'accomplir.

Pour satisfaire aux exigences de la jurisprudence, la femme indique souvent par une énumération les actes qu'elle aura le droit de consentir sous la seule autorisation de son mari. Mais parfois la femme, pour ne rien

oublier, ne s'arrête à aucune limite dans les dérogations qu'elle apporte à l'inaliénabilité de sa dot, elle étend outre mesure les conditions de sa capacité, elle modifie alors les principes essentiels du régime dotal qu'elle a adopté.

C'est ainsi que dans une espèce soumise à la Cour de Cassation le 2 février 1870, la femme s'était réservé par son contrat de mariage la faculté « de traiter, aliéner, échanger et hypothéquer ses biens dotaux, de donner mainlevée de son hypothèque légale et d'y subroger en tout ou partie ». En présence d'une telle stipulation, la Cour suprême s'est demandé quelle distinction elle pouvait établir entre les actes que la femme avait la capacité d'accomplir et ceux qui lui étaient interdits. La femme avait apporté une exception à l'incapacité qui l'atteint, sous le régime dotal, de subroger à son hypothèque légale, elle avait ainsi renoncé à l'extrême garantie que conférait à sa dot mobilière la règle de l'inaliénabilité. La Cour de Cassation a décidé, dans cette hypothèse, qu'une interprétation restrictive n'était plus possible et que la femme, bien que mariée sous le régime dotal, était capable de consentir tous les engagements que le Code civil autorise ; le régime auquel la femme était soumise n'était plus le régime dotal mais le régime exclusif de communauté (1).

(1) Sir. 1870, 1, 284.

## CHAPITRE II

DE LA RÉSERVE DU DROIT D'ALIÉNER LA DOT AVEC  
OBLIGATION DE REMploi. — DE LA CLAUSE D'EM-  
ploi ET DE REMploi SOUS LE RÉGIME DOTAL.

**Observation générale. — De l'emploi et du remploi.**  
**Leur utilité.**

Lorsque la femme mariée sous le régime dotal se réserve par son contrat de mariage le droit d'aliéner ses biens dotaux, elle impose le plus souvent au mari l'obligation d'opérer *le remploi* du prix des aliénations. Et<sup>t</sup> comme complément de cette obligation, elle stipule que le mari ne pourra recevoir toutes les sommes dotales qui seront payées pendant le mariage, qu'à la charge d'en faire *emploi* soit en l'acquisition d'immeubles, soit en l'achat de valeurs mobilières déterminées. Elle ajoute que les biens acquis à titre d'emploi ou de remploi seront dotaux et ne pourront eux-mêmes être aliénés qu'à charge de remploi.

L'obligation d'emploi et de remploi stipulée dans le contrat de mariage est une *restriction au droit qu'a le mari*, en qualité d'administrateur des biens dotaux, *de recevoir seul les sommes dues à la femme*, qu'elles proviennent d'acquéreurs de biens dotaux ou d'autres débiteurs.

Nous étudierons la clause d'emploi et de remploi : elle restreint indirectement la capacité de la femme. Cette

clause se rencontre, dans les contrats de mariage chaque fois que la femme se réserve la faculté d'aliéner ses biens dotaux et une étude des dérogations apportées par la pratique à la règle de l'inaliénabilité de la dot serait incomplète, si la clause d'emploi et de remploi en était exclue. L'importance considérable qu'a acquise, à notre époque, la fortune mobilière et les pouvoirs très étendus accordés par la jurisprudence au mari dotal, en ce qui concerne l'administration de la dot mobilière de la femme, ont rendu la clause d'emploi et de remploi absolument usuelle.

Les rédacteurs du Code civil se sont montrés très sobres de développements sur la question de l'emploi et du remploi sous le régime dotal ; quelques allusions discrètes au remploi légal, dans les articles 1553, 1558 et 1559, sont les seules indications du législateur ; les règles de cette matière sont l'œuvre de la doctrine de la jurisprudence.

Bien que, dans les articles du Code civil que nous venons de citer et dans les règles qu'il a établies au sujet du remploi sous le régime de la communauté, le législateur n'ait eu en vue que le remploi du prix des aliénations d'*immeubles* propres à la femme en l'acquisition de nouveaux immeubles, il n'est pas douteux que la femme ait le droit de stipuler que l'obligation d'emploi et de remploi s'étendra même aux prix d'aliénation de ses *biens mobiliers*. Il n'existe aucune raison pour restreindre l'obligation d'emploi et de remploi aux prix des immeubles seuls.

En généralisant ainsi la clause d'emploi et de remploi et en l'appliquant à la dot mobilière, la pratique est arrivée à restreindre dans d'étroites limites les pouvoirs que la jurisprudence accorde au mari sur les meubles dotaux. La jurisprudence, nous l'avons vu, déclare la dot mobilière inaliénable mais donne au mari le droit d'aliéner seul, de



recevoir seul le prix des aliénations et d'en disposer librement. En l'obligeant au remploi, on enlève au mari ce droit de disposition : le mari est en effet tenu, après avoir aliéné les valeurs dotales ou recouvré les sommes dues à la femme, d'employer le prix des aliénations et les capitaux qu'il a reçus en l'acquisition de nouveaux titres dont la femme devient personnellement propriétaire par l'effet du remploi. Ces titres sont nominatifs, portent la mention de la dotalité et ne peuvent eux-mêmes être aliénés par le mari qu'en se conformant aux conditions de remploi prescrites dans le contrat de mariage.

La clause de remploi jointe à la faculté d'aliéner la dot présente, sous le régime dotal, de grands avantages ; elle permet de concilier la faculté d'aliéner avec les garanties de l'inaliénabilité. Aussi M. Troplong a-t-il pu dire « que la clause d'emploi est insérée par les personnes qui veulent pratiquer le régime dotal avec une certaine intelligence (1). »

Le but de l'emploi et du remploi, sous le régime dotal, est de garantir à la femme la restitution de ses reprises matrimoniales, de créer à son profit un droit de propriété sur les objets acquis à titre d'emploi ou de remploi et de la soustraire ainsi au droit commun qui lui donne, pour la restitution des sommes que son mari a reçues pour elle, un simple droit de créance.

L'utilité de l'emploi et du remploi est donc bien évidente. Ils substituent un droit de propriété à un droit de créance soumis aux fluctuations nombreuses de la fortune du mari, ils réservent à la femme les chances d'augmentation de valeur des biens acquis à titre d'emploi et de remploi et dont elle devient seule propriétaire.

(1) Contrat de mariage T. IV, n° 3403, p. 316.

Nous pouvons, après l'exposé de ces idées générales, définir l'emploi et le remploi stipulés par la femme dans son contrat de mariage.

L'emploi est l'acquisition avec des deniers propres à la femme d'une valeur mobilière ou immobilière qui devient propre, comme les deniers ayant servi à l'acquisition.

Le remploi est l'acquisition avec des deniers provenant de l'aliénation d'un bien propre à la femme, d'une valeur mobilière ou d'un immeuble qui se substitue dans le patrimoine de la femme au bien qui a été aliéné.

Quels que soient les avantages de la clause de remploi sous le régime dotal, on ne doit pas en exagérer la portée. Cette clause n'est ni de l'essence ni de la nature du régime dotal et ne doit jamais être sous entendue. Lorsque le contrat de mariage accordera au mari la faculté d'aliéner la dot, sans lui imposer aucune condition, il aura le droit de recevoir le prix des aliénations sans que les acquéreurs aient à exiger de lui aucun remploi (1).

La femme, en se réservant le droit d'aliéner sa dot sans condition, a dû mesurer toute l'étendue de cette stipulation. On ne saurait donc imposer aux pouvoirs du mari une restriction qui n'a pas été prévue dans le contrat de mariage.

La clause d'emploi et de remploi des biens de la femme n'est pas spéciale au régime dotal. L'emploi et le remploi peuvent être stipulés sous le régime de la communauté et rendus obligatoires pour le mari et pour les tiers.

Nous indiquerons rapidement, lorsque nous étudierons les clauses restrictives de la capacité de la femme sous le

(1) Voir les arrêts rapportés ci-dessus, p. 98, note 2.

régime de la communauté, les différences qui existent entre le remploi sous ce régime et le remploi sous le régime dotal.

Signalons ici le trait caractéristique du remploi sous le régime de la communauté.

Sous ce régime, le remploi est facultatif, en vertu des articles 1434 et 1435, et le mari peut, à son gré, faire remploi des deniers personnels à la femme ou en conserver l'administration. Et même lorsque sous le régime de la communauté la femme a stipulé l'obligation de remploi, les tiers ne sont responsables de son accomplissement que si une clause formelle à cet égard a été insérée dans le contrat de mariage.

Sous le régime dotal, au contraire, l'emploi et le remploi par cela seul qu'ils sont stipulés purement et simplement dans le contrat de mariage, sont obligatoires pour le mari et pour les tiers.

Nous ne nous occuperons ici, accessoirement aux restrictions qui peuvent être apportées par le contrat de mariage à la capacité de la femme, que de l'obligation d'emploi et de remploi stipulée sous le régime dotal.

L'emploi et le remploi, même sous ce régime, résultent parfois d'un jugement ou d'une disposition légale, indépendamment de toute clause du contrat de mariage (art. 1558 et 1559); nous n'étudierons pas cette forme particulière de l'emploi et du remploi.

Observons que l'acquisition à titre d'emploi ou de remploi est ordinairement effectuée lorsque la valeur mobilière ou l'immeuble appartenant à la femme a été vendu et lorsque le prix d'aliénation est à la disposition du mari; c'est là l'hypothèse normale de l'emploi et du remploi. Souvent aussi, l'emploi et le remploi ont lieu *par antici-*

*pation*. La femme trouvant une occasion favorable d'acquérir un bien mobilier ou immobilier l'achète et déclare que l'acquisition servira d'emploi à une somme dotale qui lui est due et dont le remboursement doit être opéré ou au remploi d'un bien mobilier ou d'un immeuble qui est encore dans son patrimoine et qu'elle se propose d'aliéner. L'emploi et le remploi par anticipation, bien qu'ils n'aient pas été spécialement prévus par le législateur, ne sont en rien contraires à l'esprit de la loi. Ils sont admis dans notre droit, en raison même des avantages qu'ils peuvent présenter pour la femme et leur usage est des plus fréquents (1).

Dans le cours de nos explications, il nous arrivera parfois de confondre les expressions *emploi* et *remploi* et même de nous servir plus particulièrement de ce dernier terme. Cette confusion a d'autant moins d'importance que le plus souvent l'emploi et le remploi sont régis par les règles communes. Lorsque les principes seront différents, nous aurons soin d'employer la terminologie exacte.

## SECTION I

### DANS QUEL CAS IL EXISTE UNE OBLIGATION D'EMPLOI ET DE REMploi.

La clause d'emploi et de remploi, sous le régime dotal, ne peut, en principe, être stipulée que dans le contrat de mariage.

Elle participe à l'immutabilité des conventions matrimo-

(1) Cass. 14 mai 1879, Sir. 80, 1, 17. — Cass. 24 juillet 1884, Dall. 85, 1, 460. — Bénéch. De l'emploi et du remploi, p. 89. — Aubry et Rau, V, §. 537, texte et note 89.

niales et la femme ne peut valablement y renoncer. D'autre part, cette clause produit divers effets qui ne peuvent résulter que du contrat de mariage : elle modifie le pouvoir qu'a le mari, en vertu du régime matrimonial qu'il a adopté, de recevoir les sommes dotales sans aucune restriction ; elle conserve le caractère de la dotalité aux valeurs et aux immeubles acquis avec les deniers dotaux. Or, les pouvoirs du mari et la dotalité des biens de la femme ne peuvent être déterminés que par les stipulations du contrat de mariage.

L'obligation d'emploi et de remploi devra résulter nettement des termes des conventions matrimoniales. Le Code civil n'exigeant pas de formule sacramentelle, il sera parfois difficile de déterminer le sens exact de la clause d'emploi et de remploi. Cette clause, apportant une dérogation aux pouvoirs du mari, constitue une exception au droit commun ; son interprétation doit être restrictive (1). Chaque fois qu'il y aura doute sur la véritable portée de l'obligation d'emploi et de remploi, on devra accorder au mari le droit de recevoir librement les sommes dotales, sans lui imposer aucune condition.

Parfois, les contrats de mariage ne contiennent pas une stipulation précise d'emploi ou de remploi, mais une formule générale dont le sens n'apparaît pas exactement. La jurisprudence a eu fréquemment à déterminer la portée des clauses d'emploi et de remploi habituellement insérées dans les conventions matrimoniales ; en cas de doute sur le sens de la formule employée, elle n'hésite pas à affranchir le mari et les tiers de l'obligation du remploi.

(1) Grenoble, 17 novembre 1833, Sir., 36, 2, 240. — Limoges, 7 mai 1862, Sir., 63, 2, 10. — Aubry et Rau, V., § 337, texte et note 72, p. 577.

C'est ainsi qu'elle refuse de voir une obligation de remploi dans la stipulation « que le mari sera autorisé à aliéner les biens dotaux à charge de les reconnaître et assurer (1) ou à charge d'hypothèque sur ses biens » (2). Une telle clause n'ajoute aucune garantie à celle de l'hypothèque légale accordée à la femme sur les biens de son mari et n'oblige pas ce dernier à constituer une hypothèque spéciale. Si les biens du mari sont insuffisants pour désintéresser la femme du montant de ses reprises, elle ne pourra exercer aucun recours contre les acquéreurs de ses biens dotaux (3).

L'obligation d'emploi et de remploi étant, même sous le régime dotal, une dérogation au droit commun, ne doit pas être suppléée et ne doit être imposée au mari que si elle résulte des conventions matrimoniales.

On a souvent cherché à obliger le mari et la femme à l'emploi et au remploi, alors que cette obligation n'avait pas été stipulée dans le contrat de mariage. Une hypothèse est particulièrement importante. Lorsque la femme a obligé le mari à l'emploi et au remploi des biens dotaux, cette obligation subsiste, *après la séparation de biens*, et tant que le mariage n'est pas dissous (4). Mais lorsqu'aucune condition d'emploi et de remploi n'a été édictée par le contrat de mariage, la femme dotale séparée de biens est-elle tenue de faire emploi des sommes qui lui sont restituées par le mari, après la liquidation de ses

(1) Cass., 1<sup>er</sup> août 1884, Sir., 43, 1, 71.

(2) Nîmes, 26 mai 1851, Sir., 52, 2, 117.

(3) Cass., 9 février 1859, Sir. 60, 1, 872. — Comp. Cass. 7 novembre 1854, Sir., 1854, 1, 703. — Cass., 12 juin 1863, Sir., 63, 1, 337.

(4) Nîmes, 12 juillet 1887. Voir rejet du pourvoi. Bulletin, Cass. 18 décembre 1888.



reprises et d'opérer le remploi du prix des immeubles qu'elle aliène après la séparation de biens ?

On prétend que, dans cette hypothèse, la femme est tenue à l'emploi du remploi des capitaux et des prix de vente qui lui sont remboursés ; on argumente ainsi à l'appui de cette opinion : La dot n'est plus garantie, après la séparation de biens, comme elle l'était pendant le mariage, par l'hypothèque légale sur les biens du mari. Si le principe de l'inaliénabilité de la dot, tel que l'admet la jurisprudence, subsiste après la séparation de biens, il est logique que la garantie que la femme a perdue, l'hypothèque légale dont elle ne pouvait se désister, soit remplacée par une autre sûreté.

Les cours d'appel ont souvent décidé que la femme dotale devait faire remploi, après la séparation de biens, alors qu'elle n'y était pas obligée par son contrat de mariage (1).

Une telle solution, qui n'est basée sur aucun texte, ne nous paraît pas admissible. Les arguments que l'on invoque en sa faveur, valables en législation, n'ont aucune portée au point de vue juridique. Pendant le mariage, lorsqu'aucune obligation d'emploi et de remploi n'a été imposée au mari, il administre librement les biens personnels de la femme, il a le droit de recevoir sans restriction les sommes dotales et d'en donner quittance. Après la séparation de biens, les pouvoirs d'administration qu'avait le mari passent à la femme. Cette dernière ne doit pas plus que lui être obligée à l'emploi et au remploi (2).

(1) Montpellier, 29 novembre 1831, Sir. 32, 2, 471. — Limoges, 14 juillet 1847, Sir. 47, 2, 625. — Agen, 9 février 1849, Sir. 49, 2, 222. — Tessier, *Questions sur la dot*, 1, p. 348. — Benoit, *De la dot*, 1, n° 321.

(2) Aubry et Rau, V. p. 620, note 12, § 339. — Rodière et Pont III, 2198.

MM. Rodière et Pont reconnaissent aux tribunaux le droit d'obliger la femme séparée de biens à l'emploi des sommes qui lui seront payées après la séparation et au remploi des prix de vente de ses biens : « La séparation de biens, disent-ils, faisant évanouir après son exécution la sûreté que donnait à la femme l'hypothèque légale sur les biens du mari, il convient, ce nous semble, que la justice puisse prescrire d'autres mesures pour assurer la conservation de la dot, qui est toujours le but essentiel du régime dotal. La justice ne fait en cela que suivre l'esprit du contrat de mariage, dans lequel on ne pouvait guère prévoir une séparation alors invraisemblable et dont la seule mention eût semblé d'un mauvais présage (1). »

Ces savants jurisconsultes admettent que l'obligation d'emploi et de remploi imposée à la femme par le jugement de séparation de biens sera opposable aux tiers. La prudence leur prescrit en effet, avant de contracter avec une femme séparée de biens, de s'informer des conditions spéciales de sa capacité, de consulter les termes du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé la séparation (2). Les mêmes auteurs décident qu'une décision judiciaire postérieure au jugement de séparation peut, sur la demande du mari, imposer à la femme l'obligation d'emploi, si le tribunal en prononçant la séparation n'a pas eu cette précaution. Toutefois, dans cette hypothèse, les tiers ne sont responsables du défaut d'emploi que si le jugement spécial ordonnant l'emploi leur était connu au moment où ils se sont libérés.

Nous concédons volontiers que le droit de libre administration accordé à la femme, après sa séparation de

(1) III, 2199.

(2) Cass. 26 juillet 1869. Sir. 70, 1. 17.

biens, pourra présenter pour ses intérêts de graves inconvénients. Peut-être ne saura-t-elle pas gérer sagement sa fortune et son inexpérience la conduira-t-elle à la ruine. Mais ces raisons suffisent-elles pour permettre aux tribunaux d'imposer à la femme une garantie qu'elle n'a pas jugé utile de stipuler dans ses conventions matrimoniales. Les tribunaux se montrent ici, comme dans plusieurs hypothèses que nous avons signalées, très soucieux de l'intérêt de la famille. Ils ont organisé, dans ce but, tout un système de protection, sans craindre, pour le faire triompher, de heurter souvent les dispositions de la loi. Quelque justifiable que soit l'idée qui a inspiré ce système, il faut avouer que dans l'espèce qui nous occupe, la solution des tribunaux est contestable. Il ne leur appartient pas de refaire le contrat de mariage d'une femme séparée de biens.

La Cour de Cassation a toujours résisté à la tendance des tribunaux et refusé de sanctionner les décisions des Cours d'appel obligeant la femme séparée de biens à l'emploi et au remploi, alors qu'elle n'y était pas tenue par ses conventions matrimoniales. S'il existe dans nos lois une lacune sur ce point, les tribunaux n'ont pas qualité pour la combler (1).

Souvent, le contrat de mariage réserve à la femme non seulement le droit d'aliéner mais aussi le droit *d'hypothéquer à charge de remploi* ; quelle signification devons-nous donner à cette clause ?

D'excellents auteurs ont soutenu que cette stipulation devait être considérée comme non écrite. M. Benech déclare

(1) Cass. 21 mai 1867, Sir. 68, 1, 453. — Cass. 26 juillet 1869, Sir. 70, 1, 17. — Cass. 8 janvier 1877, Dall. 78, 1, 463.

que le remploi est incompatible avec l'hypothèque (1). La jurisprudence a eu rarement à se prononcer sur cette question. La Cour de Limoges, dans un arrêt du 6 décembre 1844, a admis l'opinion de M. Benech : « Le remploi, « a-t-elle dit, est incompatible avec l'emprunt sur hypo- « thèque, ce serait autoriser la femme à emprunter pour « acquérir, ce qui est inadmissible (2). » La Cour de Caen a donné une solution contraire et décidé que l'hypothèque à charge de remploi était possible (3). Pourquoi la femme ne pourrait-elle pas emprunter pour acquérir ? Dans certains cas, l'hypothèque avec obligation de remploi peut être utile. La femme possède des immeubles dotaux, une occasion avantageuse d'acquérir un immeuble se présente, si son contrat de mariage lui donne le droit d'hypothéquer à charge de remploi elle hypothéquera ses immeubles et emploiera la somme empruntée au paiement du prix de la nouvelle acquisition qui lui sera consentie ; l'hypothèque à charge de remploi n'est donc pas dénuée de toute utilité.

## SECTION II

### DES CONDITIONS DE VALIDITÉ ET DE RÉALISATION DE L'EMPLOI ET DU REMPLOI.

Les règles de l'emploi et du remploi, sous le régime dotal, n'ont été établies nulle part par le législateur du Code civil, mais l'emploi et le remploi ont été réglementés au titre de la communauté par les articles 1434 et 1435. Doit-on appliquer au régime dotal les règles édictées pour le régime de la communauté ?

(1) Loc. cit. p. 183.

(2) Limoges 6 décembre 1844, Sir. 1845, 2, 260. — Comp. Cass. 26 juin 1861, Sir. 61, 1, 772. — Cass. 18 novembre 1862, Sir. 63, 1, 5.

(3) Cass. 12 janvier 1865, 2, 425.

M. Laurent soutient que les règles prescrites par les articles 1434 et 1435 ne doivent pas être appliquées par analogie au remploi sous le régime dotal (1). Il justifie son opinion par cette considération que les principes du régime dotal sont absolument différents des principes applicables au régime de la communauté. D'autre part, le remploi étant une fiction, les règles qui le régissent, sous un régime, ne peuvent être étendues au remploi sous d'autres régimes matrimoniaux.

Sans doute les fictions sont de droit étroit et comme telles ne doivent pas être étendues, mais en admettant sous le régime dotal l'emploi et le remploi qu'il avait réglementés au titre de la communauté, le législateur n'a-t-il pas, par cela même, permis l'extension des règles de l'emploi et du remploi sous ce dernier régime à l'emploi et au remploi sous le régime dotal ? Nous le pensons. Lorsque sous le régime de la communauté les futurs époux déclarent dans leur contrat de mariage que le mari sera tenu de se conformer aux prescriptions des articles 1434 et 1435, ils rendent obligatoire pour le mari le remploi que le législateur laissait facultatif. N'est-ce pas ce qu'ils font aussi lorsqu'ils stipulent le remploi sous le régime dotal, car le remploi, sous ce régime, devient obligatoire pour le mari et pour les tiers par cela seul qu'il est stipulé ?

Les raisons qui justifient les prescriptions du législateur sont aussi exactes sous le régime dotal que sous le régime de la communauté. Le seul but des règles du remploi est de constater d'une manière certaine la subrogation qu'il contient.

Nous repoussons la doctrine de M. Laurent et nous appli-

(1) t. XXIII, p. 510 n° 519.

querons par analogie au régime dotal les articles 1434 et 1435 qui exigent pour la réalisation de l'emploi et du remploi :

Qu'une *double déclaration* soit faite : de *l'origine des deniers* et de *l'intention d'opérer l'emploi ou le remploi* et que l'emploi ou le remploi soit *accepté* par la femme.

La jurisprudence admet généralement l'application des règles des articles 1434 et 1435 à l'emploi et au remploi sous le régime dotal (1).

Souvent, lorsqu'il s'agit du remploi d'un immeuble, l'acte même d'acquisition contient à la fois la déclaration du remploi et l'acceptation de la femme ; souvent aussi, l'acte d'acquisition ne contient pas l'acceptation du remploi et n'est pas pour la femme un titre complet. Etudions successivement les conditions et les effets de la déclaration de remploi et de son acceptation.

### § I. — De la déclaration d'emploi et de remploi.

Sous le régime dotal, le remploi constitue une exception au droit commun, la chose acquise en remploi devant être dotale au lieu d'appartenir au mari ou à la société d'acquêts que les époux ont pu joindre au régime dotal.

L'acte d'acquisition, d'après le texte même des articles 1434 et 1435, doit contenir *la déclaration de l'origine des deniers* employés à l'acquisition et *l'indication de la volonté du mari d'acquérir pour le compte de la femme à titre d'emploi ou de remploi*.

(1) Pau, 29 février 1860, Sir. 60, 2, 415. — Cass. 12 juin 1865, Sir. 65, 1, 298. — Aubry et Rau, V. p. 581, § 537, note, 88. — Rodière et Pont, t. III, 1842. — Guilleuau, IV, 1965.



Plusieurs auteurs soutiennent que la déclaration d'emploi ou de remploi est suffisante, sans qu'une indication spéciale de l'origine des deniers dotaux soit nécessaire (2). La loi, dit-on, admet le remploi par anticipation, or, dans cette hypothèse, les deniers n'étant pas encore disponibles, aucune indication de leur origine n'est possible. Le remploi par anticipation est, à notre avis, une exception et les conditions de validité de ce remploi peuvent être autres que celles du remploi normal, accompli lorsque les deniers dotaux sont disponibles entre les mains du mari.

Le remploi, nous l'avons dit, opère subrogation de choses; il substitue un bien propre à un autre bien propre, il transmet le caractère de la dotalité d'un bien à un autre. Sous ce rapport, la subrogation de choses contenue dans le remploi peut être rapprochée de la subrogation de personnes réglementée par les articles 1250 et 2103 C. C. Or, pour que la subrogation personnelle s'opère, les articles 1250 2° et 2103 2° et 5° exigent une double déclaration: mention de l'intention de subroger et mention de l'origine des deniers employés au paiement. Nous considérons que le législateur ne s'est pas montré moins exigeant pour la subrogation qui résulte du remploi et que la double déclaration exigée pour la subrogation personnelle opérée conventionnellement est également nécessaire dans l'hypothèse de subrogation réelle qui nous occupe.

Où la double déclaration exigée pour la validité du remploi *doit-elle être faite*? L'article 1434 demande que cette double déclaration intervienne lors de l'acquisition et nous estimons que cette condition du remploi, sous le

(1) Aubry et Rau, V. p. 304, note 70, § 507. — Odier, *Contrat de mariage*, t. I, n° 325. — Duranton, *Droit civil*, t. XV, n° 428.

régime de communauté, doit être exigée pour l'accomplissement du remploi sous le régime dotal.

Il importe que cette double déclaration soit faite dans l'acte d'acquisition. Il y aurait grave inconvénient à autoriser une déclaration *ex intervallo* : si l'acte d'acquisition ne contenait aucune mention relative au remploi, le mari pourrait présenter l'immeuble acquis comme étant sa propriété et les tiers contractant avec lui, n'étant pas avertis de la dotalité par la lecture de l'acte d'acquisition, seraient facilement induits en erreur (1).

Le législateur n'a imposé *aucune condition de forme* soit pour l'acte d'acquisition, soit pour la déclaration d'emploi et de remploi. L'acte d'acquisition pourra être authentique ou sous seings privés. Il eût été préférable cependant de prescrire la nécessité de la forme authentique que le législateur a exigée pour la subrogation personnelle de l'article 1250 2°. La forme sous seings privés donne accès à la fraude.

## § II. — De l'acceptation de l'emploi et du remploi.

I. — Nécessité de l'acceptation ; en quelle forme elle doit intervenir.

Lorsque la femme est intervenue dans l'acte d'acquisition pour accepter le remploi, le remploi est, dès ce moment, valablement accompli.

Mais lorsque le mari a seul figuré à l'acte d'acquisition et a fait seul la double déclaration prescrite par les articles 1434 et 1435, le remploi ne sera pas définitif tant que la femme ne l'aura pas accepté.

(1) En ce sens Aubry et Rau, t. V, p. 304, § 507, note 71. — Contra, Rodière et Pont, t. I, n° 663.

La nécessité de l'acceptation résulte de la disposition de l'article 1435. Quelques auteurs cependant prétendent que si l'obligation de l'emploi et du remploi a été imposée par le contrat de mariage, la femme n'a pas à accepter. Pour ces auteurs, une telle stipulation confère au mari le mandat de vendre le bien dotal et d'opérer seul le remploi (1).

Une pareille interprétation nous paraît dénaturer le sens véritable de l'obligation d'emploi et de remploi. Sans doute la femme peut donner à son mari dans son contrat de mariage le droit d'opérer seul le remploi de ses propres ; mais lorsque le mari n'aura reçu aucun pouvoir spécial et formel à cet égard, nous nous refusons à croire que l'emploi et le remploi puissent être valablement effectués sans l'acceptation de la femme.

C'est dans un but de défiance que l'obligation de remploi est imposée au mari. La femme, lorsqu'elle stipule le remploi, a des doutes sur la valeur de l'administration future de son mari et sous prétexte de garantie, elle se prémunit contre les pouvoirs d'administration trop étendus accordés à son mari sur ses biens dotaux. Pourquoi étendre une stipulation dont le but évident est de restreindre le pouvoir d'administration du mari sur les biens dotaux, en dehors même des actes d'administration ? La femme, en insérant dans son contrat de mariage la clause d'emploi et de remploi, rend les débiteurs des sommes dotales responsables, sous certaines conditions, de la conservation de sa dot. Prendrait-elle une telle mesure si elle ne concevait aucune crainte sur la gestion de son mari ?

Il est contraire à l'intention de la femme et au texte de l'article 1435 de voir dans la clause d'emploi et de remploi

(1) Toullier, *Droit civil*, t. XII, n° 362 et suiv. — Teissier, t. I, p. 221 et 222. — Odier, t. I, n° 315.

un mandat conféré au mari par le contrat de mariage d'opérer seul le remploi, sans l'adhésion de la femme. Aussi la jurisprudence a-t-elle toujours refusé de sanctionner une telle interprétation et exige-t-elle, pour accorder au mari le droit d'opérer seul le remploi, une clause précise du contrat de mariage lui conférant ce pouvoir (1).

Lorsque la femme, après avoir consenti à la vente de l'immeuble dotal, se refuse obstinément à accepter le remploi, l'acquéreur n'a-t-il aucun moyen de se libérer valablement ?

MM. Rodière et Pont reconnaissent aux tribunaux le droit de se prononcer en cas de refus de la femme et de l'obliger à l'accepter ou de la dégager de cette obligation si le remploi n'est pas jugé suffisant (2).

Comment justifier un tel droit donné aux juges de déclarer valable un remploi que la femme, à tort ou à raison, s'obstine à refuser ? Ce droit nous paraît exorbitant, la femme, à notre avis, reste seule juge de l'acceptation du remploi ou de son refus.

On pourrait obvier à l'inconvénient qui résulte du refus persistant de la femme d'accepter le remploi, en indiquant dans le contrat de mariage que les tribunaux, en cas de non acceptation volontaire, auraient le droit, après enquête, de se prononcer sur la validité de l'emploi ou du remploi. Une telle stipulation n'aurait rien d'illicite.

Concluons : nous exigeons en principe l'acceptation du remploi par la femme, chaque fois que le contrat de mariage

(1) Agen, 20 juin 1858, Sir. 59, 2, 1. — Cass. 2 mai 1859, Sir. 59, 1, 293. — Grenoble, 25 avril 1861, Sir. 61, 1, 565. — Cass. 12 juin 1865, Sir. 65, 1, 298. — Cass. 25 juin 1883, Sir. 85, 1, 376. — Comp. Aubry et Rau, § 537, texte et note 88. p. 581. — Guillouard, IV n° 1967.

(2) III, n° 1967.

n'a pas, en termes formels, donné au mari le droit d'opérer seul l'emploi et le remploi.

Lorsque le contrat de mariage a donné au mari le droit d'aliéner seul les biens mobiliers et immobiliers de la femme, à charge d'emploi ou de remploi, la femme n'a pas à accepter ; le droit d'aliéner emporte pour le mari le droit d'accomplir seul le remploi qui est une des conditions de validité de l'aliénation.

Le remploi doit au contraire être accepté par la femme lorsque le contrat de mariage a permis l'aliénation par les deux époux conjointement.

L'acceptation de la femme n'est pas nécessaire lorsque le mari a reçu le droit d'acquérir seul et sans le concours de la femme en remploi de la dot des immeubles qui deviendront dotaux (1), ou lorsqu'il a été stipulé que le mari aurait le droit de vendre l'immeuble dotal et que cet immeuble serait remplacé de plein droit par le premier immeuble acquis par lui. Dans ces hypothèses, la femme, à notre avis, a par avance renoncé au droit qui lui appartient d'accepter le remploi (2).

Le droit du mari d'opérer seul le remploi résulte le plus souvent de l'ensemble des termes du contrat de mariage, lorsqu'aucune clause spéciale n'a statué directement sur cette question. Mais sur ce point comme partout en cette matière, les termes du contrat de mariage doivent être interprétés restrictivement et l'acceptation du remploi par la femme doit être exigée chaque fois que les termes employés dans le contrat présentent quelque doute.

A quelle époque la femme peut-elle accepter le remploi ?

(1) Aubry et Rau, T. V, p. 581, § 537.

(2) Toullier, T. XII, n° 363. — Troplong, II, 1138. — Contra Aubry et Rau, T. V, § 307, p. 309 et note 85.

Evidemment, si l'on voulait mettre les tiers complètement à l'abri des fraudes possibles de la part du mari, l'acceptation du remploi par la femme devrait être contenue dans l'acte même d'acquisition. Cependant cette solution très rationnelle n'est pas celle de l'article 1435. Pour ne pas nous exposer à des redites, nous résoudrons cette question, lorsque nous nous demanderons jusqu'à quelle époque l'emploi et le remploi peuvent être effectués.

En quelle forme l'acceptation de l'emploi et du remploi doit-elle être faite ? L'article 1435 demande une *acceptation formelle*, c'est-à-dire non équivoque et certaine, mais il n'y a pas de formule sacramentelle exigée.

Les auteurs diffèrent sur le sens qu'ils attribuent à l'expression « acceptation formelle » de l'article 1435. Les uns exigent une acceptation expresse contenue dans un acte et considèrent comme insuffisante une acceptation tacite, résultant, par exemple, de la présence de la femme à l'acte d'acquisition (1). D'autres admettent au contraire que tout fait de la femme impliquant d'une manière certaine l'acceptation du remploi est une acceptation suffisante (2). Nous estimons, pour notre part, que tout fait de la femme pouvant être considéré comme une adhésion donnée par elle à l'emploi et au remploi doit être considéré comme une acceptation valable. Ce que la loi a voulu avant tout admettre, c'est que l'acceptation fut certaine, non douteuse; or, ce but peut être atteint sans qu'il y ait acceptation expresse.

Il importe peu que l'acte d'acceptation soit authentique ou sous seings privés; il sera toutefois utile de donner date certaine à l'acte sous seings privés avant la dissolution du mariage.

(1) Benéch, loc. cit., n° 42. — Rodière et Pont, t. I, n° 669.

(2) Laurent, t. XXIII, n° 519. — Aubry et Rau, t. V, p. 305, note 72.



La jurisprudence admet une acceptation tacite du remploi (1). La présence de la femme à l'acte d'acquisition faite à titre de remploi et la signature donnée par elle à cet acte ont parfois été considérés comme emportant par elles seules acceptation du remploi.

La femme doit-elle être autorisée par son mari à accepter l'emploi ou le remploi ?

Sans doute l'acceptation de l'emploi et du remploi par la femme est un acte soumis à la nécessité de l'autorisation maritale. Mais de deux choses l'une : ou la femme est intervenue dans l'acte d'acquisition, elle a par cela même accepté le remploi, ou le mari a acquis seul, la déclaration de remploi contenue dans l'acte d'acquisition est une autorisation tacite donnée à la femme à l'effet d'accepter le remploi.

La femme séparée de biens est-elle tenue de demander l'autorisation de son mari ou de justice lorsqu'elle doit effectuer un remploi ? On admet généralement que la femme séparée, ayant la libre administration de ses biens, peut faire seule toutes espèces d'acquisitions mobilières ou immobilières avec le produit de ses économies ou à titre de placement des capitaux qui lui sont remboursés (2) ; le remploi n'étant autre chose qu'un acte d'administration, la femme séparée de biens peut, semble-t-il, l'accomplir seule. La Cour de Cassation exige cependant que la femme soit, pour la réalisation du remploi, autorisée par son mari ou par justice ; elle a donné récemment cette solution

(1) Paris, 17 mai 1831, D. 54, 2, 646. — Cass., 26 juillet 1869, D. 69, 1, 453. — Rouen, 26 avril 1872, Sir. 73, 2, 133. — Comp. Nîmes, 11 janvier 1881 Sir., 82, 2, 137.

(2) Aubry et Rau, t. V, § 516, p. 404. — Demolombe, *Du mariage*, t. II, n° 157.

danis une espèce où il s'agissait d'une acquisition immobilière faite par la femme à titre de remploi du prix d'un de ses immeubles dotaux (1).

## II. — Acceptation de l'emploi et du remploi en valeurs mobilières

Les règles que nous avons exposées relativement aux conditions de validité de l'emploi et du remploi s'appliquent plus spécialement à l'emploi et au remploi faits en l'acquisition d'immeubles, seule hypothèse qu'ont prévue les rédacteurs du Code civil dans les articles 1434 et 1435. Nous avons plusieurs fois répété qu'aujourd'hui les dots étant le plus souvent constituées en argent ou en valeurs mobilières, la femme dans son contrat de mariage se réservait habituellement le droit d'opérer les emplois et les remplois auxquels elle serait soumise soit en l'acquisition d'immeubles, soit en l'achat de valeurs mobilières déterminées, titres de rentes sur l'Etat, actions et obligations des sociétés financières et industrielles soit en créances sur particuliers.

Comment l'emploi et le remploi en l'acquisition de valeurs mobilières sont-ils réalisés ? La pratique se conforme par analogie aux indications des articles 1434 et 1435 ; elle a adopté un mode de réalisation de l'emploi et du remploi que la jurisprudence approuve et qui réunit d'ailleurs rigoureusement les conditions imposées par la loi. Les titres destinés à servir d'emploi ou de remploi, sont, dès leur acquisition, immatriculés au nom de la femme, avec indication précise du régime matrimonial

(1) Cass. 2 décembre 1885, Sir. 1886, I, 97, et note de M. Labbé.

auquel elle est soumise et de l'origine des deniers dotaux ayant servi à leur acquisition.

Comment un tel remploi est-il accepté par la femme ? Après l'acquisition des titres, l'agent de change chargé de l'achat délivre un bordereau constatant les résultats de l'opération et indiquant la somme employée au paiement des valeurs acquises et le montant des frais de courtage et de timbre. Dans un acte spécial, auquel est annexé le bordereau certifié par l'agent de change, le mari rend compte de l'opération intervenue, indique, en conformité des articles 1434 et 1435, l'origine des deniers dotaux employés à l'achat des titres et la femme accepte expressément l'emploi ou le remploi qui lui a été fourni ; les valeurs acquises en son nom sont ainsi dotalisées.

L'acte contenant déclaration et acceptation de l'emploi et du remploi peut être authentique ou sous seings privés, dans ce dernier cas, il est utile de lui donner date certaine avant la dissolution du mariage.

Lorsque la femme reçoit en remploi une créance sur particulier, ce remploi peut être réalisé par un moyen analogue. S'il s'agit d'une créance hypothécaire, l'acte même portant reconnaissance de la dette et constitution de l'hypothèque contiendra le plus souvent la déclaration de l'emploi et du remploi et l'acceptation de la femme.

### § III. — Effets de l'acceptation du remploi

Quels sont les effets de l'acceptation de l'emploi et du remploi, lorsqu'elle intervient en dehors de l'acte d'acquisition ? A-t-elle un effet rétroactif, ou le mari a-t-il été propriétaire des biens acquis en remploi pendant le délai qui s'est écoulé entre l'acquisition et l'acceptation ?

Cette question est très controversée. Plusieurs doctrines ont été soutenues par les interprètes de notre droit civil ; nous nous contenterons de les formuler et d'indiquer sommairement leurs principales conséquences.

D'après une première théorie, adoptée par de savants jurisconsultes, l'acceptation du remploi par la femme a un *effet rétroactif absolu*. En acquérant le mari a agi en qualité de gérant d'affaires ; l'acceptation intervenant, la femme est réputée avoir été propriétaire du jour de l'acquisition (1).

Cette première opinion conduit aux conséquences suivantes :

1<sup>o</sup> L'immeuble acquis en remploi appartient à la femme après l'acceptation et lui parvient libre de toutes charges, servitudes ou hypothèques, dont le mari a pu le grever pendant le laps de temps qui s'est écoulé entre l'acquisition et l'acceptation du remploi.

Tous les droits réels conférés par le mari sur l'immeuble sont nuls à l'égard de la femme. Si le mari a vendu l'immeuble qu'il a acquis en qualité de gérant d'affaires de la femme, cette dernière peut méconnaître l'aliénation ;

2<sup>o</sup> L'emploi et le remploi n'opérant qu'une seule mutation au profit de la femme, l'administration de l'enregistrement ne doit percevoir qu'un droit proportionnel de mutation. De même une seule transcription est suffisante, l'acceptation du remploi n'étant pas un acte translatif de propriété n'est pas soumise à la transcription.

Ce système présente un grave inconvénient. Il sacrifie l'intérêt des tiers à l'intérêt de la femme. D'autre part, la propriété de l'objet acquis en remploi par le mari n'appar-

(1) Colmet de Sauterre, t. VI, n<sup>o</sup> 79 bis XIII. — Labbé, De la ratification des actes d'un gérant d'affaires n<sup>os</sup> 89 à 96, p. 66 et suiv.

tient, avant l'acceptation du emploi, ni au mari ni à la femme ; une telle situation fera obstacle à toute transmission des biens acquis en emploi.

Cette première explication repose, à notre avis, sur une base contraire à un principe juridique : La gestion d'affaires est un acte volontairement accompli. On ne peut soutenir que le mari, obligé par une clause de son contrat de mariage à effectuer le emploi, gère volontairement l'affaire d'autrui, lorsqu'il acquiert l'objet qu'il destine au emploi. L'idée d'une gestion d'affaires nous paraît contestable.

Un second motif nous décide en ce sens. Le législateur, pour caractériser l'adhésion de la femme, a employé dans l'article 1435 l'expression : *acceptation du emploi*, qui se rapporte à une offre : il ne s'est pas servi du terme juridique employé pour désigner l'approbation des actes d'un gérant d'affaires, du mot *ratification*. Cette expression nous permet de présumer que le législateur n'a pas considéré l'acquisition faite par le mari comme l'acte d'un gérant d'affaires.

D'autres auteurs n'admettent pas que l'acceptation du emploi ait un effet rétroactif. Lorsqu'elle accepte le emploi, la femme acquiert du mari. Avec l'acceptation du emploi, un nouveau contrat prend naissance : l'objet acquis par le mari et dont il est devenu propriétaire devient la propriété de la femme. En déclarant qu'il a l'intention d'acquérir, pour offrir à la femme l'objet acquis à titre de emploi, le mari fait à la femme une offre de *dation en paiement*, mais il acquiert néanmoins pour son compte personnel (1).

Les conséquences de cette seconde explication du emploi sont les suivantes :

(1) Marcadé, sur l'article 1435. — Bugnet, sur Pothier t. VII, p. 123.

1<sup>o</sup> Le mari étant devenu propriétaire de l'objet acquis en remploi peut valablement l'aliéner, tant que la femme n'a pas accepté le remploi.

L'aliénation qu'il consent est parfaite, elle doit être considérée comme une révocation de l'offre de remploi faite à la femme ;

2<sup>o</sup> Le mari peut conférer hypothèque sur l'immeuble acquis en remploi ; si la femme accepte le remploi, l'immeuble lui est transmis avec tous les droits réels dont il est grevé au moment de l'acceptation ;

3<sup>o</sup> Le remploi occasionne deux mutations de propriété : l'une, du vendeur au mari, l'autre, du mari à la femme ; l'administration de l'enregistrement peut exiger la perception de deux droits de mutation. De même, l'acceptation du remploi produisant une seconde transmission de propriété, une double transcription est nécessaire.

L'idée d'une dation en paiement consentie par le mari et la femme, sur laquelle repose cette seconde doctrine, ne nous semble pas avoir été admise par les rédacteurs du Code civil. Cette explication tend à assimiler l'acquisition faite par le mari à titre de remploi à la vente entre époux prévue par l'article 1595 2<sup>e</sup> § ; or, le législateur a établi une distinction entre les deux hypothèses, puisqu'il a assigné à chacune d'elles une place différente dans le Code civil.

La jurisprudence a repoussé cette seconde théorie dans la principale de ses conséquences, en déclarant que l'acceptation du remploi par la femme ne donnait pas ouverture à la perception d'un second droit proportionnel de mutation (1).

Une troisième explication a été proposée ; elle nous paraît mieux répondre au but du remploi et des diffé-

(1) Cass. 14 janvier 1868, Sir. 1868, 1, 136.



rentes opérations dont il se compose. En acquérant, le mari *offre* à la femme non pas de lui consentir une dation en paiement mais *de la subroger aux effets de son acquisition*. Cette offre sera révocable jusqu'au jour où la femme acceptera le emploi. Par son acceptation, la femme sera subrogée à tous les droits du mari et cette acceptation rétroagira au jour de l'acquisition.

Cette doctrine est admise par MM. Aubry et Rau : « On « aurait tort, disent ces savants jurisconsultes, de vouloir « appliquer les règles du droit commun à l'opération dont « s'occupe l'article 1435 du Code civil, opération d'une « nature complexe et toute particulière. La déclaration de « emploi, qui en forme un des éléments, n'est pas une « offre de cession proprement dite, mais une proposition « de substituer la femme au bénéfice de l'acquisition et « par cela même que l'article 1435 autorise cette proposi- « tion comme telle, il conduit nécessairement à recon- « naître que l'acceptation en rétroagit au jour même de « l'acquisition (1). »

Avec cette doctrine, les droits conférés par le mari après l'acquisition seront-ils maintenus ? Il nous semble que l'offre de subrogation faite par le mari à la femme peut être révoquée expressément ou tacitement. Lorsque le mari aliène l'immeuble qu'il a acquis avec l'intention de le proposer à la femme à titre de emploi, l'aliénation qu'il consent est, à notre avis, une révocation tacite de l'offre faite à la femme ; nous donnerons la même signification à tout acte par lequel le mari, avant l'acceptation du emploi par la femme, consentira des droits réels sur l'immeuble acquis (2).

(1) Aubry et Rau, t. V. § 507, p. 306, note 77.

(2) Mourlon, *De la transcription*, t. I, n° 39, p. 150. — Guillouard. IV, n° 1973.

MM. Aubry et Rau refusent de voir dans l'acte par lequel le mari consent, avant l'acceptation du remploi des droits réels sur l'immeuble qu'il a acquis, une révocation tacite de l'offre faite à la femme ; ils n'admettent la révocation de cette offre que s'il y a eu aliénation totale de l'objet acquis. Comment cependant expliquer que l'acceptation de la femme puisse lui donner la propriété de l'immeuble acquis par le mari, du jour de l'acquisition et que, d'autre part, le mari ait pu, après l'acquisition, conférer des droits réels valables sur l'immeuble destiné à devenir la propriété de la femme et dont il sera réputé n'avoir jamais été propriétaire ?

A part la divergence d'opinions que nous venons de signaler, les auteurs partisans de cette explication s'accordent pour en déduire les conséquences suivantes :

1<sup>o</sup> L'acceptation de la femme ayant un effet rétroactif au jour du contrat d'acquisition, les hypothèques légales et judiciaires dont l'immeuble se trouve grevé du chef du mari sont réputées n'avoir jamais existé sur cet immeuble.

2<sup>o</sup> L'acceptation du remploi ne donne pas lieu à la perception d'un second droit de mutation et le droit de transcription n'est pas exigible sur cette acceptation.

La Cour de Cassation adopte l'opinion défendue par MM. Aubry et Rau, elle ne considère pas que le fait par le mari de conférer des droits réels sur l'immeuble qu'il a acquis pour l'offrir à la femme à titre de remploi, entraîne révocation tacite de cette offre ; en outre, elle n'admet pas, comme nous l'avons fait, que l'acceptation du remploi par la femme soit dispensée du droit de transcription (1).

(1) Cass. 14 janvier 1868, déjà cité.

**§ IV. — Conséquences de la réalisation de l'emploi et  
du remploi.**

L'emploi et le remploi acceptés par la femme deviennent définitifs et produisent deux effets principaux :

1<sup>o</sup> La femme, après l'acceptation, devient propriétaire de l'objet meuble ou immeuble acquis en remploi.

Lorsque le remploi est réalisé, l'hypothèque légale qui garantissait la créance de la femme contre son mari cesse de grever les immeubles de ce dernier ; la femme n'est plus créancière de son mari pour le montant de la somme dont le remploi a été effectué.

S'il a été acquis en remploi un immeuble dont le prix dépasse le montant de la somme dotale ayant contribué à l'acquisition, cet immeuble appartiendra à la femme, à concurrence seulement de la somme dotale employée au paiement ; le surplus de l'immeuble restera la propriété du mari ou de la société d'acquêts stipulée par les époux.

Si, pour éviter l'indivision, le mari a déclaré acquérir l'immeuble pour la totalité au nom de la femme, et si le remploi a été accepté par elle dans les mêmes conditions, la femme sera propriétaire de la totalité de l'immeuble, mais devra récompense au mari ou à la société d'acquêts du montant de la somme fournie pour le complément du prix.

2<sup>o</sup> Le remploi accepté, l'objet mobilier ou l'immeuble acquis en remploi devient dotal comme le meuble ou l'immeuble qu'il a remplacé.

Il est subrogé à ce dernier et reste comme lui aliénable à la condition de remploi. Cette solution ne nous paraît pas contestable ; le but de remploi est de permettre la su-

brogation d'un bien à un autre bien dotal et d'imprimer à l'objet acquis en remploi le caractère de la dotalité, tout en lui conservant le régime auquel il a été subrogé (1).

Observons, en terminant, que le remploi devient définitif lorsqu'il a été accepté par la femme, mais il peut être annulé pour cause d'insuffisance, s'il est constaté, à l'époque de la liquidation des reprises de la femme, que l'objet acquis en remploi avait, au jour de l'opération, une valeur inférieure au montant de la somme dotale dont il est la représentation.

Vainement on soutiendrait que la femme, en acceptant le remploi, a renoncé à en contester la valeur. De nombreux arrêts, basés sur ce principe que la femme dotale ne peut d'aucune manière compromettre sa dot pendant le mariage, ont décidé que l'acceptation du remploi, quels que soient les termes dans lesquels elle ait été conçue, ne saurait obliger la femme à se contenter d'un remploi insuffisant.

### SECTION III

EN QUELS BIENS L'EMPLOI ET LE REMPLOI PEUVENT ÊTRE EFFECTUÉS. — QUELLES SOMMES ILS DOIVENT COMPRENDRE.

#### § I. — En quels biens l'emploi et le remploi peuvent être effectués.

Le contrat de mariage désigne habituellement les biens qui peuvent être acquis à titre d'emploi et de remploi des biens dotaux et généralement la femme autorise l'em-

(1) Cass. 9 mars 1870, Sir 70, 1, 283. — Aubry et Rau V § 537 texte et note 99 p. 553. — Laurent XXIII n° 520. — Contra, Rodière et Pont, III n° 1852.

ploi et le remploi en l'acquisition d'immeubles et de créances sur l'Etat, sur les sociétés financières et industrielles et sur particuliers. Mais il peut arriver que la clause d'emploi et de remploi soit insérée dans le contrat de mariage, sans aucune indication relative au mode d'emploi et de remploi ; examinons successivement les deux hypothèses.

I. — Le contrat de mariage indique le mode d'emploi et de remploi.

Lorsque le contrat de mariage indique le mode d'emploi et de remploi et la nature des biens qui peuvent être acquis en remplacement des deniers dotaux, ses prescriptions doivent être exactement suivies.

La femme a la plus grande liberté pour régler les modes d'emploi et de remploi auxquels ses biens dotaux sont soumis ; la volonté qu'elle exprime est souveraine et les tribunaux ne peuvent pas autoriser le mari à acquérir, pour effectuer l'emploi ou le remploi, d'autres biens que ceux désignés dans le contrat de mariage, alors même qu'ils baseraient leurs décisions sur un avantage évident pour la femme.

Il appartient aux tribunaux de déterminer le sens exact des clauses fixant dans le contrat de mariage les modes d'emploi et de remploi. Leurs décisions à cet égard, reposant en fait sur l'interprétation de la volonté de la femme, échappent au contrôle de la Cour de Cassation (1).

Le plus souvent, le contrat de mariage autorise l'emploi et le remploi en immeubles et, en raison de la difficulté de se procurer rapidement des immeubles avantageux, il est stipulé que le remploi pourra être effectué en l'achat de

(1) Cass. 22 février 1859 Sir. 59, 1, 521. Voir Bulletin de la Cour de Cassation, 18 décembre 1888. Rejet du pourvoi contre un arrêt de Nîmes, 12 juillet 1887,

valeurs mobilières déterminées, qui seront nominatives et porteront la mention de la dotalité, et en créances hypothécaires ou privilégiées. On doit, pour le choix de ces valeurs, se conformer strictement aux indications du contrat de mariage.

La jurisprudence applique très rigoureusement les prescriptions du contrat de mariage relatives aux modes d'emploi et de remploi et refuse d'admettre toute interprétation par analogie; ainsi elle a refusé d'admettre comme valable le remploi fait en l'acquisition d'un privilège sur des valeurs mobilières, alors que le contrat de mariage exigeait un remploi en une constitution d'hypothèque (1)

II. — Le contrat de mariage n'indique pas le mode d'emploi  
et de remploi.

Dans cette hypothèse, l'emploi et le remploi doivent être effectués en l'*acquisition d'immeubles*. Les immeubles seuls offrent à la femme une certitude absolue de conservation.

M. Benech a établi, au point de vue qui nous occupe, une différence entre l'emploi et le remploi (2). En l'absence de toute clause du contrat de mariage indiquant les biens pouvant être acquis en *remploi* des prix de vente des immeubles dotaux, il décide que l'emploi ne pourra être effectué qu'en l'acquisition d'immeubles. Lorsque, au contraire, le contrat de mariage ne statue pas sur les modes d'*emploi*, les sommes dotales ne provenant pas de l'alié-

(1) Cass. 9 janvier 1841. D. 41, 1, 257.

(2) Benech, loc. cit. n. 5.



nation d'immeubles dotaux peuvent, à son avis, être employés en l'achat de valeurs mobilières, titres de rentes, actions et obligations industrielles. La plupart des auteurs repoussent la distinction faite par M. Benech, (1) les immeubles seuls paraissent en effet offrir à la femme un placement d'une sûreté incontestable; ils sont exempts des chances de perte et de dépréciation auxquelles sont exposées les valeurs mobilières.

Mais, indépendamment des immeubles par nature, d'autres biens peuvent encore être acquis, lorsque le contrat de mariage garde le silence sur les modes d'emploi et de remploi.

Les actions de la Banque de France peuvent alors être valablement acquises en remploi, puisque l'article 17 du décret du 17 janvier 1808 permet de donner à ces actions le caractère immobilier (2).

Les rentes sur l'Etat peuvent, dans la même hypothèse, être l'objet du remploi. La loi du 2 juillet 1862 (art. 44) l'a formellement décidé en ces termes : « Les sommes dont « le placement ou le remploi en immeubles est prescrit ou « autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou « par un testament, peuvent être employées en rentes trois « pour cent de la dette française, à moins de clauses con- » traire. Dans ce cas, sur la réquisition des parties, l'im- « matricule de ces rentes au Grand-Livre de la dette publi- « que en indique l'affectation spéciale. »

Malgré leur assimilation au point de vue du remploi aux actions de la Banque de France, les rentes sur l'Etat

(1) Rodière et Pont. t. III, n° 1690. — Bellot des Minières. t. IV, p. 86.

(2) Rouen, 7 mai 1853, Sir. 54, 2, 177. — Riom, 10 janvier 1856, Sir. 57, 2, 31. — Rouen, 21 juin 1856, Sir. 57, 2, 171. — Aix, 17 novembre 1860, Sir. 60, 2, 300. — Angers, 6 juillet 1861. Sir. 62, 2, 222.

ont conservé leur caractère mobilier. Le rapporteur de la loi de 1862, M. Le Roux, l'a d'ailleurs remarqué : « L'article 46, écrit-il dans son rapport, a pour but de faciliter la jurisprudence des tribunaux, sans changer l'essence des rentes sur l'Etat, qui sont déclarées meubles par l'article 529 du Code civil. »

L'article 29 de la loi de finances du 16 septembre 1871, a généralisé la disposition de l'article 46 de la loi de 1862 et autorisé, dans les mêmes termes, l'acquisition en remploi des rentes sur l'Etat de toute nature.

Les obligations du Crédit foncier peuvent elles, dans les mêmes circonstances, être acquises en remploi ? Ces obligations sont des valeurs de toute sûreté ; elles sont garanties à la fois par le capital de réserve de la société et par une valeur correspondante hypothéquée sur les immeubles des débiteurs de la société. Pourquoi ces obligations ne seraient-elles pas acceptées en remploi, au même titre que les immeubles, lorsque le contrat de mariage ne contient aucune indication des biens devant servir au remploi ? Nous ne pensons pas, quelles que soient d'ailleurs les garanties que présentent les obligations du Crédit foncier, qu'elles puissent être acceptées en remploi. Elles n'ont pas le caractère immobilier et aucune loi n'a décidé qu'elles pourraient être admises dans les emplois et les remplois en dehors de toute indication du contrat de mariage.

Résumons les explications qui précèdent. Dans l'état actuel de la législation, et tant qu'une loi nouvelle ne sera pas intervenue, lorsque le contrat de mariage prescrit un remploi en immeubles ou lorsqu'il ne précise pas la nature des biens pouvant être acquis en remploi, les immeubles, les actions de la Banque de France et les rentes sur l'Etat peuvent seuls être acquis en remploi.

Les époux peuvent, bien entendu, exclure comme modes d'emploi les actions de la Banque de France et les rentes sur l'Etat ; les dispositions des lois de 1862 et de 1871 ne sont pas d'ordre public et les parties peuvent toujours y déroger (1).

Lorsque le contrat de mariage ne détermine pas le mode d'emploi et de remploi, les immeubles sont choisis comme objets exclusifs des emplois et des remplois, en raison même des garanties de conservation qu'ils présentent. Mais tous les immeubles ne réalisent pas au même degré cette condition absolue de sécurité ; les immeubles par nature seuls peuvent, à notre avis, être acceptés à titre d'emploi et des remplois ; les immeubles par destination ne peuvent être acquis en remploi.

De même nous n'admettons pas le remploi en immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. La femme ne pourrait pas acquérir en remploi un droit d'usufruit sur un immeuble ; la dot existe dans l'intérêt de la femme et des enfants ; avec un remploi en l'acquisition d'un droit d'usufruit, la dot ne recevrait pas sa destination.

Une servitude acquise au profit d'un fonds dont la femme est propriétaire peut au contraire être acquise en remploi ; la servitude est un droit immobilier, non sujet à s'éteindre comme un droit d'usufruit.

La femme peut acquérir en remploi des immeubles ruraux ou urbains, des terrains nus ou des constructions. La Cour de Cassation a décidé que la femme pouvait valablement accepter en remploi de ses biens une maison non encore construite, mais dont la construction était déjà arrêtée, d'après un devis déterminé. Le remploi, dans cette

(1) Cass. 22 février 1859, Sir. 59, 1, 521. — Paris, 27 mars 1868, Sir. 63, 2, 179. — Aix, 23 mars 1866, Sir. 66, 2, 324. — Bourges, 15 mars 1870, Sir. 70, 2, 218. — Cass. 8 janvier 1877, Sir. 79, 1, 104.

hypothèse, est soumis à une condition suspensive ; il devient parfait lorsque la condition s'accomplit, lors de l'achèvement des travaux (1).

### III. — Examen de quelques hypothèses spéciales.

La femme peut-elle se donner en remploi de deniers dotaux perçus par le mari un de ses biens paraphernaux ? Certains auteurs sont allés jusqu'à soutenir cette thèse fondée sur cette idée, qui a une part d'exactitude, que la femme dotale a deux fortunes distinctes : sa fortune dotale et sa fortune paraphernale.

Un bien paraphernal ne peut pas changer de nature et devenir dotal pour servir de remploi à un bien dotal aliéné ; un tel remploi diminuerait la fortune de la femme. D'autre part, une difficulté pratique s'oppose à la réalisation d'un tel remploi. Aux termes de l'article 6 de la loi du 23 mars 1855, la transcription des actes translatifs de propriété arrête le cours des inscriptions hypothécaires pouvant être prises sur l'immeuble transmis du chef des précédents propriétaires. Or, les actes opérant mutation de propriété, sont seuls admis à la transcription. L'acte par lequel la femme dotale déclarerait accepter, à titre de remploi du prix d'un de ses immeubles dotaux, un bien paraphernal, ne pourrait être considéré comme opérant un transfert de propriété et comme tel ne serait pas susceptible d'être transcrit ; la transcription ne pouvant pas ici arrêter le cours des inscriptions, l'immeuble paraphernal pourrait se trouver plus tard grevé d'hypothèques valablement inscrites. Il ne serait donc pas possible, au moment du remploi, de connaître exactement la situation de l'immeuble

(1) Cass. 2 avril 1853, Sir. 1853, 1, 503.

et de savoir si la femme est à l'abri de toutes chances d'éviction ; aussi la Cour de Caen, par un arrêt du 6 mars 1848, a-t-elle décidé qu'un bien paraphernal ne pouvait être accepté par la femme comme un remploi valable du prix d'un immeuble dotal (1).

Les immeubles appartenant au mari peuvent-ils être cédés à la femme à titre de remploi ? C'est là une question vivement controversée.

La difficulté naît ici de l'existence de l'hypothèque légale de la femme sur tous les biens du mari et de l'impossibilité pour la femme mariée sous le régime dotal de se désister de son hypothèque légale.

Une distinction est nécessaire. Tous les immeubles du mari peuvent n'être pas grevés par l'hypothèque légale. Le contrat de mariage peut contenir une limitation de cette hypothèque à certains immeubles du mari (art. 2140), ou le mari peut, en remplissant les formalités prescrites par les articles 2144 et 2145 C. C., obtenir la restriction de cette hypothèque légale à quelques-uns des immeubles qu'il possède ; dans ces deux hypothèses, les immeubles du mari, dégrevés de l'hypothèque légale, pourront valablement être acquis par la femme à titre de remploi.

Mais la limitation et la restriction de l'hypothèque légale sont peu fréquentes ; en général la fortune immobilière du mari, quelle que soit son importance, reste en totalité grevée de l'hypothèque légale de la femme. Les immeubles du mari ne pourront-ils jamais être cédés à la femme à titre de remploi, par cela seul qu'ils sont affectés à la garantie des reprises matrimoniales de la femme ? La jurisprudence l'a affirmé dans deux arrêts déjà anciens (2).

(1) Caen, 6 mars 1848, Sir. 1848, 2, 385. — Aubry et Rau, V. p. 579, texte, §, 537.

(2) Aix, 25 novembre 1836, — Rouen, 3 mars 1841. Dall. 1842, 2, 141.

M. Benech trouve trop absolues les décisions de ces arrêts (1); il propose de résoudre la question par la distinction suivante :

L'immeuble offert par le mari à la femme lui sert-il de garantie pour sûreté de reprises paraphernales ou de reprises dotales autres que celle qui résulte de l'aliénation des biens dont le prix doit être remployé? L'immeuble ainsi grevé ne pourra être accepté par la femme en remploi de ses biens **dotaux** aliénés.

L'immeuble que le mari offre de céder à la femme ne sert-il de gage qu'à la reprise résultant de l'aliénation du bien dotal dont le mari se propose de remployer le prix? Cet immeuble pourra être accepté en remploi; la femme, en acceptant un tel remploi, ne compromet en rien sa dot; l'immeuble acquis ne garantit aucune reprise dotale autre que celle qui s'est éteinte par l'accomplissement du remploi.

Les biens du mari pourront, à notre avis, servir de remploi, chaque fois qu'ils auront une valeur suffisante, déduction faite des reprises en deniers dont ils assureront la restitution à la femme. On ne doit pas obliger cette dernière à chercher dans le patrimoine des tiers un remploi que les biens du mari peuvent lui procurer. La jurisprudence, lorsque le remploi doit être effectué en acquisitions d'immeubles, n'admet pas qu'une constitution d'hypothèque spéciale sur les biens du mari forme un remploi suffisant; elle exige l'acquisition d'un nouvel immeuble (2).

Une dernière hypothèse doit être examinée.

Lorsque le contrat de mariage contient une réserve par

(1) Loc. cit. p. 208.

(2) Caen, 30 août 1848, Sir. 49, 2, 223; 30 avril 1849, Sir. 52, 2, 177 et 2 août 1851, Sir. 52, 2, 182.



la femme du droit d'aliéner ses biens dotaux moyennant remploi, cette dernière peut-elle aliéner et employer les prix de vente au paiement de ses dettes personnelles antérieures au mariage ?

Évidemment, la femme est tenue même sur ses biens dotaux de ses dettes ayant date certaine antérieure au mariage ; mais le remploi est un remplacement d'un bien par un autre, l'extinction d'une dette n'est pas un remploi véritable. A notre avis, si le contrat de mariage n'autorise pas ce mode particulier de remploi, la femme devra, avant de l'accomplir, se faire autoriser par justice et l'acquéreur sera en droit de refuser le paiement de son prix, tant que l'autorisation n'aura pas été obtenue. Cette hypothèse donne lieu à des fraudes nombreuses : les époux, mariés sous le régime dotal, ont une tendance à se soustraire aux conditions rigoureuses du régime auquel ils se sont volontairement soumis et il n'est pas rare de voir la femme simuler une dette antérieure au mariage pour obtenir l'autorisation de vendre ses immeubles dotaux. Dans l'hypothèse qui nous occupe, nous considérons que l'autorisation du tribunal n'est pas moins nécessaire que dans le cas prévu par l'article 1558. La jurisprudence est divisée sur cette question (1).

## § II. — A quelles sommes s'étend l'obligation d'emploi et de remploi.

La clause d'emploi et de remploi ayant pour but de con-

(1) Montpellier, 3 janvier 1852. S. 54, 2, 117. — Pau, 5 mars 1859. Sir. 59, 2, 404. — Caen, 2 février 1851. Sir. 52, 2, 440 et 19 juin 1852. Sir. 56, 2, 129. — Paris, 18 juin 1875. D. 77, 2, 223.

server l'intégralité de la dot, la totalité des sommes payées par les débiteurs de la femme ou par les acquéreurs de ses biens doit être comprise dans l'emploi ou le remploi, sans aucune autre déduction que celle des intérêts qui pourront être compris dans les sommes payées.

Cette règle s'applique aux valeurs mobilières. Lorsque les titres dotaux ont acquis une plus value, au moment de leur aliénation, le remploi doit comprendre la valeur entière de ces titres et non pas seulement la partie du prix représentant leur valeur au jour du mariage ou à la date du précédent remploi effectué.

De même les primes de remboursement qui sont attachées à certaines valeurs, notamment aux obligations des grandes compagnies de chemins de fer, étant considérées comme ne représentant pas une part d'intérêts accumulés, mais une partie du capital des obligations, appartiendront à la femme dotale et devront être comprises dans l'emploi auquel sera tenu le mari (1).

Si l'immeuble dotal est détruit par un incendie, l'indemnité payée par la compagnie d'assurances devra-t-elle être l'objet d'un remploi ?

Nous distinguerons : Si, ce qui est l'hypothèse la plus fréquente, le mari est tenu d'effectuer l'emploi et le remploi de toutes les sommes perçues pour le compte de la femme, nul doute que la compagnie d'assurances ne soit valablement libérée que par l'accomplissement d'un remploi conforme aux prescriptions du contrat de mariage.

Si, au contraire, le remploi a été stipulé comme une condition de l'aliénabilité des immeubles de la femme, nous estimons que l'indemnité payée par la compagnie d'assurances n'étant pas la représentation de l'immeuble détruit,

(1) Paris, 13 avril 1878. Sir. 78, 2, 134, statuant pour le remploi sous le régime de la communauté.

mais la contre-valeur aléatoire des primes payées par l'assuré, ne doit pas être soumise au remploi : cette indemnité n'est pas subrogée par la loi à l'immeuble détruit, elle ne peut dès lors être assimilée à un prix de vente.

Telle est la solution de droit. Nous n'avons rencontré sur ce point aucune décision de jurisprudence ; nous sommes toutefois tenté de croire que la jurisprudence, lorsque la question lui sera soumise, ne décidera pas comme nous l'avons fait, et que sa tendance de protection pour la femme dotale et pour la famille la conduira, dans l'hypothèse que nous examinons, à obliger le mari au remploi. Elle ne fera du reste, en décidant ainsi, qu'appliquer une de ces théories prétoriennes dont elle a le secret et dont nous avons souvent, dans cette étude, signalé des exemples. Loin de nous l'idée de critiquer par anticipation une solution qui n'a pas encore été donnée, nous avons justifié la doctrine de la jurisprudence, lorsque nous avons étudié le caractère de la dot mobilière de la femme dotale ; nous nous reportons aux explications que nous avons données à cette place.

Si l'immeuble dotal est exproprié pour cause d'utilité publique, notre solution sera différente. L'indemnité d'expropriation est ici le prix de l'immeuble dotal et doit à ce titre être l'objet d'un remploi. L'article 13 de la loi du 23 mai 1841 délègue d'ailleurs aux tribunaux le pouvoir d'assurer, en ordonnant le remploi, la conservation du montant de cette indemnité.

#### SECTION IV

##### DES FRAIS DE L'EMPLOI ET DU REMPOI

#### § II. De la contribution aux frais de l'emploi et du remploi.

Qui doit supporter les frais de l'emploi et du remploi ?

Les frais les plus élevés de l'opération du remploi sont les frais de l'acte d'acquisition. L'article 1593 met à la charge de l'acheteur les frais d'actes et autres accessoires de la vente; il semble que la femme acquérant à titre d'emploi ou de remploi doit supporter les frais de cette acquisition.

Cette solution a été cependant vivement contestée.

On a prétendu que la dot devant être conservée dans son intégrité, les frais d'emploi ne doivent pas rester à la charge des biens dotaux dont la valeur se trouverait ainsi diminuée par plusieurs aliénations successives. Sous l'empire de ces idées, la jurisprudence a parfois cherché à soustraire la femme au paiement des frais de l'acquisition faite à titre de remploi; les frais du remploi ont été mis soit à la charge du mari (1), soit à la charge de l'acquéreur (2).

L'acquéreur ne doit pas, à notre avis, supporter les frais du remploi qui est une des conditions de l'aliénation; l'obligation de remploi, loin d'exister dans son intérêt, met à sa charge une responsabilité très lourde.

Il nous paraît peu logique également de faire supporter par le mari les frais de l'emploi et du remploi. On a soutenu, il est vrai, que l'emploi et le remploi sont effectués dans l'intérêt du mari; il perçoit les revenus des biens dotaux et il est juste que les frais de la transformation de ces biens soient mis à sa charge.

D'autres auteurs ont proposé, au point de vue de la contribution aux frais, une distinction entre l'emploi et le remploi. L'emploi étant généralement effectué dans l'inté-

(1) Caen, 7 juillet 1845, et 7 août 1849, Sir., 52, 2, 180.

(2) Caen, 18 décembre 1837, Sir., 39, 2, 186. — Grenoble, 27 mai 1841, Dall. Rep. Gen., 4019, 2°.

rêt de la femme et le mari ayant dû se conformer aux prescriptions du contrat de mariage, les frais de l'emploi devront être à la charge de la femme (1). Le remploi, au contraire, est un acte auquel le mari a volontairement voulu s'obliger ; il pouvait ne pas consentir la vente des biens dotaux ; en donnant son adhésion, il a accepté la charge des frais du remploi.

Dans toutes les hypothèses où le contrat de mariage n'aura pas statué spécialement sur la question qui nous occupe, les frais de l'acquisition faite à titre d'emploi ou de remploi devront, à notre avis, être supportés par la femme ; elle est en effet la principale intéressée à l'accomplissement de l'emploi et du remploi qui lui assure la restitution de sa dot. Observons, en ce qui concerne le remploi, que la femme pourra facilement s'y soustraire ; le plus souvent l'aliénation d'un bien dotal ne pourra avoir lieu qu'avec son consentement ; si elle trouve onéreux les frais du remploi qu'une aliénation d'un bien dotal occasionnera, elle pourra refuser de consentir à l'aliénation. D'ailleurs, l'acquisition à titre de remploi n'est pas nécessairement une opération dispendieuse pour la femme et destinée à diminuer inévitablement la valeur de ses biens dotaux ; lorsque la femme et le mari se décideront à vendre un bien dotal pour le remplacer par un autre, ils agiront souvent pour réaliser un avantage.

Si la femme possède des biens paraphernaux, nous pensons qu'elle pourra employer une partie de ces biens à acquitter les frais de l'emploi ou du remploi de ses biens dotaux, afin de ne pas diminuer l'importance de sa dot ; Il n'y aurait pas là une infraction à la règle de l'article 1543 prohibant l'augmentation de la dot pendant le ma-

(1) Cass., 16 novembre 1839, Sir., 60, 1, 241.

riage. Si la femme n'a pas de biens paraphernaux, elle prélèvera les frais du remploi sur la somme à employer. La pratique constante du notariat est d'opérer ce prélèvement, même dans l'hypothèse où la femme possède des biens paraphernaux.

La Cour de Cassation laisse les frais du remploi à la charge de la femme. Par un arrêt du 16 novembre 1859 (1), elle a cassé un arrêt de la Cour de Caen du 17 juillet 1857 qui avait mis les frais du remploi à la charge du mari : « Attendu, dit la Cour, que la femme doit subir les conséquences naturelles et légales des clauses de remploi qu'elle a consenties dans son contrat de mariage ; que devenant acquéreur du bien acheté en remploi, elle doit, comme tout acheteur, les frais et loyaux coûts de l'achat fait par elle, et que son mari qui procède comme un mandataire, en accomplissant le remploi stipulé, ne peut devoir les frais d'un acte fait dans l'intérêt de la femme ».

La plupart des Cours d'appel se conforment à la jurisprudence de la Cour de Cassation et mettent les frais de l'emploi et du remploi à la charge de la femme (2).

Lorsque l'emploi ou le remploi n'auront pas été acceptés par la femme, on ne saurait mettre les frais à sa charge, ils seront supportés par le mari ou par la société d'acquêts que les époux auront pu stipuler dans leur contrat de mariage.

L'opération de l'emploi ou du remploi peut parfois donner lieu à certains frais extraordinaires, tels que les frais des instances intervenues entre les débiteurs de deniers

(1) Sir., 1860. 1, 241. — Comp. Cass., 16 novembre 1855, Sir., 56 1, 204.

(2) Caen, 10 mars 1856, Sir., 57, 2, 78. — Nîmes, 13 novembre 1872, Sir., 73, 2, 103. — Besançon, 9 juillet 1871, Dall. 73, 5, 397.



dotaux et la femme ou le mari. Il peut arriver en effet que les acquéreurs de biens dotaux et les débiteurs de la femme se refusent à accepter un remploi qui leur est offert et que la femme soit obligée d'avoir recours aux tribunaux pour obtenir condamnation et faire valider l'emploi ou le remploi qu'elle propose. Les frais d'une semblable instance devraient rester à la charge de la partie qui succombe : des débiteurs de la dot s'il était constaté que leur refus de payer n'était pas fondé, de la femme, s'il était décidé que l'emploi ou le remploi qu'elle offrait était insuffisant (1).

§ II. — En quoi consistent les frais d'emploi et de remploi.

Les frais de l'emploi et du remploi comprennent les frais de l'acquisition des immeubles, des valeurs mobilières ou des objets acquis en remploi et ceux de la déclaration et de l'acceptation nécessaires à la validité de l'opération.

L'administration de l'enregistrement, après avoir vainement tenté de percevoir un droit spécial, indépendant du droit de mutation, décide aujourd'hui que la déclaration et l'acceptation du remploi, intervenant dans l'acte même d'acquisition, ne doivent pas être considérées comme des dispositions indépendantes de la disposition principale de cet acte et sont exemptées d'un droit particulier (2).

L'acceptation du remploi, lorsqu'elle a lieu par un acte

(1) Limoges, 21 août 1852, Dall. 53, 2, 5. — Cass., 8 avril 1862, Sir., 62, 1, 1043.

(2) Art. 11, loi du 22 Frimaire an VII. — Décisions de l'admin. du 15 juin 1830 et du 10 septembre 1873. — Dictionnaire des rédacteurs du journal de l'enregistrement, t. IV, p. 192, n° 191 et 192.

distinct de l'acte d'acquisition, ne donne ouverture qu'à un droit fixe d'enregistrement (1).

L'arrêt de la Cour de Cassation du 14 janvier 1868, que nous avons cité, a repoussé définitivement les prétentions, qu'émettait l'administration, de percevoir sur l'acte d'acceptation du remploi un second droit de mutation (2).

Nous avons admis, avec la jurisprudence, la rétroactivité de l'acceptation du remploi, mais en apportant à cette solution une restriction : les droits réels conférés par le mari doivent être considérés comme emportant révocation de l'offre de remploi faite par le mari à la femme. Cette solution nous impose une distinction :

1<sup>o</sup> Si le mari n'a concédé aucun droit réel sur l'immeuble acquis en remploi, l'acceptation aura un effet rétroactif au jour de l'acquisition, aucun droit proportionnel ne sera perçu ;

2<sup>o</sup> Si le mari a conféré des droits réels sur l'immeuble acquis en remploi, il a par cela même révoqué l'offre faite à la femme, il est devenu propriétaire de l'immeuble acquis. Si, dans ces conditions, la femme accepte le remploi, elle acquiert directement du mari, un nouveau droit de mutation et un nouveau droit de transcription sont exigibles.

La jurisprudence, adoptant l'opinion de MM. Aubry et Rau d'après laquelle les droits réels conférés par le mari n'emportent pas révocation de l'offre de remploi, admet, dans les deux hypothèses, qu'un seul droit de vente doit être perçu.

Lorsque le mari cède à sa femme, à titre de remploi, un de ses biens propres, il y a vente et un droit de mutation est nécessairement encouru (3).

(1) Droit de 3 francs.

(2) Sir. 68, 1, 136.

(3) Cass. 15 mai 1839, Dall. 39, 2, 236.

L'acceptation du emploi, intervenant postérieurement à l'acte d'acquisition, donnera-t-elle ouverture au droit de transcription ?

L'acceptation du emploi, opérant avec effet rétroactif au jour de l'acquisition, n'est pas un acte translatif de propriété. Or la loi du 11 brumaire an VII ne soumet à la transcription que les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque. La loi du 23 mars 1855 a rétabli la nécessité de la transcription au point de vue civil, mais n'en a point modifié le principe. Il semble donc que l'acceptation du emploi par la femme, rétroagissant au jour de l'acquisition, n'est pas susceptible d'être transcrite, et que la perception d'un droit proportionnel de transcription n'est régulière que là où la perception d'un droit de mutation est exigible. Cependant l'administration de l'enregistrement soumet l'acceptation du emploi, intervenant par acte séparé, au droit de transcription (1).

La Cour de Cassation admet les prétentions de l'administration de l'enregistrement ; par un arrêt du 7 juin 1853, elle a formellement décidé que « alors même qu'il n'y  
« aurait pas ouverture à la perception d'un droit de muta-  
« tion, mais à celle d'un simple droit fixe, le droit de  
« transcription doit être exigé, suivant l'article 54 de la  
« loi du 28 avril 1816, sur tout acte de nature à être trans-  
« crit (2). »

(1) Sol. de l'adm., 18 juin 1879. — En ce sens, Demante, Principes de l'enregistrement, n° 631.

(2) Sir., 53, 4, 503.

## SECTION V

A QUEL MOMENT L'EMPLOI ET LE REMPLOI PEUVENT ÊTRE  
RÉALISÉS

Le contrat de mariage fixe parfois un délai pendant lequel le remploi devra être effectué. Les auteurs et la jurisprudence s'accordent pour admettre qu'après l'expiration de ce délai, le remploi sera encore possible. En effet, après l'expiration du délai fixé, la femme a toujours le droit d'aliéner, elle aurait le droit de consentir alors une nouvelle vente au même acheteur ; cette seconde vente, une fois le remploi réalisé, serait une ratification de la première non suivie de remploi et mettrait l'acquéreur complètement à l'abri de l'éviction (1).

La femme pourrait, dans le contrat de mariage, stipuler que le remploi devrait être effectué dans un délai fixe et qu'à défaut de remploi dans le délai prescrit, la vente serait résolue de plein droit, sans qu'il soit besoin d'aucune formalité judiciaire.

Jusqu'à qu'elle époque l'emploi et le remploi peuvent-ils être réalisés ? L'effet de l'emploi et du remploi est de rendre dotaux les biens acquis avec les sommes appartenant à la femme ou provenant de l'aliénation de ses biens propres ; or, après la dissolution du mariage, il ne peut plus y avoir de biens dotaux, nous en concluons que l'emploi et le remploi ne peuvent être effectués que jusqu'à cette époque (2).

(1) Nîmes 9 août 1842. Sir. 43, 2, 73. — Rouen 21 juin 1843, Sir. 46, 2, 334. — Benech, n° 89. — Aubry et Rau, § 537, texte et note 83. p. 579.

(2) Cass. 17 décembre 1833, Sir. 36, 1, 201. — Cass. 2 mai 1839. Sir. 39, 1, 293. — Caen 30 juillet 1874, Sir. 74, 2 282.

De nombreux arrêts ont admis la possibilité d'effectuer le remploi après la dissolution du mariage (1) ; leurs solutions ont été justifiées par les motifs suivants :

La dotalité de l'immeuble acquis en remploi protège la femme tout aussi efficacement, qu'elle ait été créée pendant le mariage ou qu'elle ait été établie après sa dissolution.

D'autre part, la validité de l'aliénation est subordonnée à la condition que le remploi sera réalisé ; or pourquoi ne pas appliquer l'article 1176 du Code civil, d'après lequel « s'il n'y a pas de temps fixé pour l'accomplissement de la condition, la condition peut toujours être accomplie ? »

Nous reconnaissons que l'argument tiré de l'article 1176 a une véritable portée ; mais le résultat auquel conduit l'opinion que nous venons de citer ne nous permet pas de l'adopter. Avec cette doctrine, l'insaisissabilité de l'immeuble dotal est créée postérieurement au mariage et son effet est de sanctionner une incapacité dont la femme était atteinte en sa qualité de femme mariée. L'immeuble acquis en remploi pouvait être valablement frappé de saisie au moment où la femme dotale s'est obligée, il était alors en dehors de son patrimoine, et, lorsque la dotalité aura pris fin, cet immeuble devenant la propriété de la femme, entrant dans son patrimoine à une époque où elle est pleinement capable de contracter, sera insaisissable ! Un immeuble ne peut, à notre avis, devenir insaisissable lorsqu'il n'y a plus de dotalité ; l'immeuble acquis avec des deniers dotaux, postérieurement à la dissolution du mariage, ne sera pas dotal et les créanciers ayant reçu l'engagement de la femme pendant le mariage pourront le saisir.

(1) Cass. 20 juin 1853, Sir. 54, 1, 5. — Grenoble 25 avril 1861, Sir. 61, 2, 363. — Caen 31 mai 1870. Sir. 71, 2. 31.

Mais la femme se trouvera-t-elle ainsi complètement privée des avantages de la dotalité et ses créanciers pourront-ils faire vendre l'immeuble acquis, en réalité, de ses deniers, sans qu'elle puisse prendre part à la distribution du prix de cet immeuble ?

La jurisprudence accorde à la femme le droit de prélever sur le prix d'adjudication une somme égale au montant de la somme dotale ayant servi au paiement du prix (1). Cet immeuble est en effet la représentation d'une valeur qui n'a jamais pu être le gage des créanciers de la femme. Généralement, dans cette hypothèse et dans les hypothèses analogues, la jurisprudence n'autorise la saisie que si les créanciers de la femme prennent l'engagement de porter le prix à une valeur suffisante pour lui permettre d'être désintéressée.

La jurisprudence n'est pas fixée sur la question de savoir jusqu'à quelle époque l'emploi et le remploi peuvent être effectués. Les arrêts ne paraissent pas adopter le principe absolu que nous avons admis. Aucun criterium n'étant suivi par la jurisprudence, ses solutions sont, on le comprend, contradictoires. La Cour de Cassation n'a jamais eu sur ce point de doctrine bien arrêtée ; c'est ainsi qu'après avoir admis l'impossibilité absolue du remploi après la dissolution du mariage (2), elle a proposé une distinction et a permis le remploi, après la dissolution du mariage, lorsque le contrat de mariage donnait à la femme le droit de l'opérer (3) et déclaré le remploi impossible,

(1) Cass. 1<sup>er</sup> décembre 1857 Sir. 58, 1, 257. — Cass. 11 mai 1859, Sir. 59, 1, 481. — Caen 27 décembre 1860 et 18 mars 1861, Sir. 61, 2, 284. — Caen 6 juillet 1866, Sir. 67, 2, 317. — Grenoble 4 mars 1868, Sir. 68, 2 207. — Aubry et Rau, V, p. 611, § 538 note 23.

(2) Cass. 25 février 1842 Sir. 42, 1, 649.

(3) Cass. 20 juin 1853, cité p. précéd., note 1.



lorsque le droit de l'effectuer était accordé au mari, en basant sa décision sur cette idée que le mari étant décédé, le remploi n'était plus possible parce qu'aucune personne n'avait plus qualité pour l'accomplir (1).

L'emploi et le remploi pourront-ils être effectués après la séparation de biens? Cette question est discutée en doctrine et en jurisprudence.

On soutient qu'après la séparation de biens le remploi est impossible.

Le mari, dit-on, a pendant le mariage seul qualité pour opérer l'emploi et le remploi, à moins d'une clause contraire du contrat de mariage autorisant la femme à opérer l'emploi et le remploi; or après la séparation de biens, les pouvoirs d'administration du mari cessent, l'emploi et le remploi ne peuvent plus être effectués. Il importe peu, ce nous semble, que le remploi soit opéré par le mari ou par la femme; il suffit qu'en droit ce remploi soit encore possible, pour qu'il soit valablement accompli. Or, quel est l'effet de la séparation de biens? De donner à la femme les pouvoirs d'administration dont le mari était investi; or, le droit d'opérer le remploi est compris dans les droits qui passent à la femme après la séparation de biens. Au surplus, l'aliénation avec obligation de remploi est une vente conditionnelle, qui ne sera définitive que lorsque la condition ne pourra plus se réaliser; après la séparation, le remploi pourra encore s'accomplir, puisque la dotalité subsistera. Cette raison suffit à nous convaincre et nous admettons la possibilité du remploi après la séparation de biens (2), et le droit pour la femme sé-

(1) Cass. 17 décembre 1853. — D. 56, 1, 174.

(2) Limoges 21 août 1840, Sir. 41, 2, 36. — Aubry et Rau V § 537 texte et note 84 p. 580.

parée de biens de contraindre au paiement les acquéreurs et les débiteurs dotaux, en leur offrant de faire emploi des sommes qu'ils lui doivent (1).

Après la dissolution du mariage, l'emploi et le remploi ne peuvent plus être valablement accomplis. La femme pourra intenter l'action en nullité de l'aliénation consentie pendant le mariage si le remploi n'a pas été opéré, la condition à l'accomplissement de laquelle était subordonné la validité de la vente ne peut plus se réaliser.

## SECTION VI

DES OBLIGATIONS ET DE LA RESPONSABILITÉ DES TIERS ET DU MARI, EN CAS DE DÉFAUT OU D'INSUFFISANCE DE L'EMPLOI ET DU REMploi.

### § I. — De la responsabilité des tiers et du mari.

#### I. — Obligations des tiers.

Lorsque la femme s'est réservé, dans son contrat de mariage, la faculté d'aliéner ses biens dotaux à charge de remploi, ou lorsqu'elle a imposé au mari l'obligation de faire emploi des sommes dotales qu'il recevra pendant le mariage, l'aliénation qu'il consent et la quittance qu'il donne aux débiteurs de deniers dotaux ne deviennent définitives et ne sont valables que si l'emploi ou le remploi est effectué (2). Si cette condition n'est pas réalisée, les tiers acquéreurs ou débiteurs de la dot ont contracté

(1) Lyon 24 mars 1847 Sir. 48, 2, 141. — Caen 31 mai 1870 Sir. 71, 2, 31. — Paris 26 février 1868 S. 68, 2, 73.

(2) Bordeaux, 29 juin 1874. Sir. 76. 2, 243.

avec une personne incapable, la femme n'est pas obligée d'exécuter la vente de son bien dotal, elle est restée créancière des sommes payées au mari et peut considérer les actes intervenus comme nuls à son égard.

Une lourde responsabilité pèse donc sur les acquéreurs des biens dotaux et sur les débiteurs de sommes propres à la femme. Aussi accorde-t-on aux uns et aux autres le droit de refuser d'effectuer un paiement entre les mains du mari, si un emploi ou un remploi utile ne leur est pas fourni, et celui de répéter la somme qu'ils lui ont remise et dont l'emploi ou le remploi n'a pas été opéré; dans cette seconde hypothèse ils ont indûment payé (1).

Mais si le mari refuse d'opérer un remploi conforme aux prescriptions du contrat de mariage, les tiers n'ont-ils aucun moyen de le contraindre et leur est-il impossible de se libérer valablement? La jurisprudence décide que les débiteurs de deniers dotaux peuvent faire des offres au mari en le mettant en demeure de justifier d'un emploi ou d'un remploi valable dans un délai déterminé. Si, après l'expiration de ce délai, le mari n'a pas offert un remploi suffisant, la somme due à la femme peut être déposée à la caisse des consignations (2).

Si le mari présente un remploi dont la valeur soit contestable, le tiers débiteur n'est pas tenu de l'accepter et peut refuser le paiement. Mieux vaut pour lui se laisser actionner et ne payer qu'après un jugement de condamnation déclarant suffisant le remploi offert par le mari. Le tiers débiteur sera ainsi tout au moins garanti contre tout recours futur en raison de l'insuffisance du remploi, puis-

(1) Cass. 23 avril 1842. Sir. 42, 1, 631. — Bordeaux, 1<sup>er</sup> décembre 1847. Sir. 48, 2, 384. — Colmet de Santerre, VI, n° 229 bis, IV. — Laurent, XIII, n° 520.

(2) Limoges, 21 août 1852. Sir. 52, 2, 392.

qu'il n'aura payé qu'en exécution d'une décision judiciaire.

Le refus persistant du mari d'accomplir l'emploi ou le remploi peut-il motiver de la part de la femme une action en séparation de biens ? Quelques auteurs l'ont soutenu (1). La seule raison susceptible de justifier une demande en séparation de biens est le péril causé à la dot par l'insolvabilité du mari. Si le mari refuse d'opérer le remploi d'une somme dotale, ce refus n'indique pas à lui seul qu'il soit en état d'insolvabilité ; pour obtenir sa séparation de biens, la femme devra prouver que sa dot est réellement en péril.

Les tribunaux ont parfois, autorisé la femme à recevoir seule les deniers dotaux et à en opérer seule l'emploi, en cas de refus obstiné de la part du mari de l'exécuter. Sans doute, un pareil pouvoir donné à la femme est contraire à la disposition de l'article 1549 du Code civil, qui confie au mari seul, pendant le mariage, le droit de recevoir les sommes dotaux et de poursuivre les débiteurs de la dot ; en fait, la solution de la jurisprudence est justifiée par l'intérêt de la femme (2).

Les mêmes obligations sont-elles imposées aux débiteurs des sommes dotaux et aux acquéreurs des biens dotaux ?

On assimile généralement, au point de vue de la responsabilité des tiers, les deux hypothèses de l'emploi et du remploi. Cependant de savants auteurs, MM. Aubry et Rau, tout en reconnaissant que la clause de *remploi* est obligatoire pour les tiers, par cela seul qu'elle a été stipulée dans le contrat de mariage, ne donnent pas la même

(1) Toullier. De la comm. Ch. II, n° 31, p. 52 et 53.

(2) Caen, 2 août 1851. Sir. 52, 2, 182. — Cass. 20 décembre 1852. Sir. 53, 4, 151. — Aubry et Rau, V, § 537, texte et note 75, p. 578.

portée à la clause d'*emploi*, si elle est stipulée purement et simplement. A leur avis, la clause d'emploi insérée dans le contrat de mariage n'oblige pas les tiers « lorsqu'il n'apparaît pas clairement que l'intention des parties a été « de faire dépendre la validité du paiement de la condition *sine qua non* de l'emploi des deniers qui en forment l'objet (1). » La clause d'emploi a simplement pour but de restreindre le droit de disposition du mari sur les deniers dotaux, mais ne lui enlève pas le droit de recevoir les capitaux propres à la femme. Les débiteurs de sommes dotales, effectuant leur paiement entre les mains du mari capable de recevoir, doivent être par ce fait seul, valablement libérés. Pour que leur libération soit subordonnée à la réalisation de l'emploi, il faut une clause spéciale en ce sens dans le contrat de mariage.

MM. Aubry et Rau justifient la différence qu'ils établissent entre les effets à l'égard des tiers de la clause de remploi et ceux de la clause d'emploi, par cette considération que les acquéreurs d'immeubles dotaux sont tenus d'invoquer le remploi pour défendre leur acquisition : l'immeuble dotal était aliénable à la condition que le remploi serait effectué. Les tiers débiteurs de la dot, au contraire, sont libérés valablement, s'ils payent au mari ; ils n'ont aucun intérêt à se prévaloir de la clause d'emploi et pour que l'emploi soit une condition de la validité de leur paiement, il est nécessaire que le contrat de mariage statue expressément à ce sujet.

La stipulation d'emploi insérée dans le contrat de mariage doit, à notre avis, avoir à l'égard des tiers un effet aussi impérieux que l'obligation de remploi. Quelle est en effet l'intention de la femme, adoptant le régime dotal,

(1) T. V, § 535, note 49, p. 550.

lorsqu'elle stipule l'obligation d'emploi, si ce n'est d'assurer la conservation de sa dot ? Or, comment atteindre ce but, si les tiers débiteurs de la dot ne sont pas responsables de l'emploi ? Nous estimons que l'obligation d'emploi, par cela seul qu'elle est stipulée et indépendamment de toute clause concernant les tiers, les oblige à surveiller l'emploi et les rend responsables de sa validité ; c'est la seule interprétation qui soit conforme au principe établi par l'article 1157, d'après lequel une clause susceptible de deux sens doit être interprétée dans le sens qui lui donne quelque effet.

La jurisprudence accepte le plus souvent la distinction entre les effets de l'obligation de remploi et ceux de l'obligation d'emploi proposée par MM. Aubry et Rau et ne déclare les tiers responsables de l'emploi que si cette responsabilité résulte d'une clause spéciale du contrat de mariage (1).

La responsabilité des tiers, débiteurs de sommes dotales ou acquéreurs de deniers dotaux, étant ainsi établie, demandons-nous quelles obligations résultent pour eux de l'insertion dans le contrat de mariage de la clause d'emploi et de remploi.

Les tiers doivent veiller à l'accomplissement de l'emploi et du remploi des sommes remises au mari. Mais sont-ils libérés par cela seul qu'un remploi quelconque a été effectué ? D'après l'article 1175 C. C., « toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fut » ; or, la condition d'emploi ou de remploi, stipulée par le contrat de mariage ne sera accom-

(1) Paris, 4 juin 1831. Sir. 1831, 2, 211. — Cass. 7 novembre 1854. Sir. 54, 1, 705. — Comp. Cass. 1<sup>er</sup> février 1839. Sir. 39, 1, 266.



plie que si un remploi ou un emploi utile et avantageux pour la femme est intervenu.

Le droit de contrôle des tiers sur l'opération de l'emploi et du remploi existe à un double point de vue : ils doivent veiller non seulement à l'*existence* même de l'emploi ou du remploi, mais aussi à son *utilité* et à sa *suffisance*.

L'obligation pour le débiteur ou pour l'acquéreur de veiller à l'utilité du remploi lui impose le devoir d'examiner si le remploi offert par le mari paraît exempt de toute chance d'éviction et présente pour la femme de sérieuses garanties de sécurité.

S'il s'agit d'un remploi en valeurs mobilières autorisé par le contrat de mariage et, en fait, ce mode de remploi est aujourd'hui des plus fréquents, le remploi doit être conforme aux indications de ce contrat. Les tiers sont néanmoins tenus de se demander, au moment du remploi, si les valeurs acquises constituent un mode de placement avantageux pour la femme ; dans le cas contraire, les prescriptions du contrat de mariage ne devront pas être suivies.

Si le remploi est effectué en immeubles, les tiers débiteurs de la dot ont à s'enquérir de la valeur des immeubles présentés par le mari et à constater si ces immeubles sont susceptibles de fournir un emploi suffisant. Ils doivent en vérifier la situation hypothécaire, procéder à la purge des hypothèques, afin d'assurer à la femme une propriété certaine ; en un mot, ils doivent avoir recours aux mesures de prudence qu'ils prendraient s'ils avaient l'intention d'acquérir eux-mêmes et pour leur compte personnel les immeubles destinés au remploi.

C'est au moment de l'emploi et du remploi que l'on doit se placer pour envisager les conditions de la respon-

sabilité des débiteurs de la dot et des acquéreurs. Si, à cette époque, le remploi était utile et suffisant, les tiers ne sauraient être responsables de la dépréciation postérieure des biens acquis en remploi quelle qu'en soit la cause (1).

Il est difficile de déterminer d'une manière précise les règles de la responsabilité des tiers, car cette responsabilité peut varier essentiellement avec la rédaction du contrat de mariage. L'appréciation de cette responsabilité sera le plus souvent une question de fait dont la solution sera différente avec chaque espèce.

Une règle toutefois doit dominer l'interprétation. On ne doit pas, au point de vue de la responsabilité, assimiler la situation des tiers à celle du mari. Les tiers ne retirent aucun avantage du remploi, ils ne sont pas engagés à la conservation de la dot; ils sont responsables de leur faute lourde. S'il n'y a pas eu remploi valablement accompli, c'est-à-dire accepté par la femme, leur responsabilité est certaine; si le remploi n'est pas suffisant, les tribunaux apprécieront si, au moment du remploi, les tiers ont pris toutes les garanties auxquelles la prudence leur commandait d'avoir recours.

Dans les explications qui précèdent, nous avons supposé que les conventions matrimoniales ne faisaient aucune allusion à la responsabilité des tiers relative à l'accomplissement de l'emploi ou du remploi, mais le plus souvent la responsabilité des tiers est réglementée par le contrat de mariage; il est hors de doute que la femme conserve toute liberté pour limiter à son gré la responsabilité des tiers. Il lui eut été possible de ne pas

(1) Riom, 27 mai 1850, Sir. 50, 2,654. — Cass. 2 août 1853. Sir. 53, 1,209.

les obliger au emploi, on comprend qu'ils puissent être exemptés de toute responsabilité. Toute dérogation aux règles rigoureuses de l'inaliénabilité est un retour au principe de la libre disposition des biens et comme telle doit être facilitée.

Très souvent, le contrat de mariage, tout en édictant l'obligation de l'emploi et du emploi, atténue la responsabilité des tiers en cas de défaut ou d'insuffisance de emploi. La femme stipule, par exemple, que « les tiérs acquéreurs de biens dotaux ou les débiteurs de la dot seront dispensés de surveiller l'emploi et le emploi », ou que « les époux seront seuls juges de la validité du emploi et les tiers n'auront pas à s'y immiscer et seront valablement libérés par le paiement fait au mari. »

Il semble qu'une telle stipulation dispense absolument les tiers de veiller à l'accomplissement du emploi et de s'en inquiéter ; la femme a elle-même librement déclaré, dans le contrat de mariage, que le emploi serait pour les tiers *res inter alios acta* et qu'ils n'auraient pas à s'y immiscer ; il est impossible de supposer une dispense de responsabilité plus nettement formulée. Cependant cette solution très rationnelle est repoussée par la jurisprudence ; de nombreux arrêts maintiennent la responsabilité des tiers, même dans cette hypothèse, et donnent à la femme une protection à laquelle elle a renoncé expressément. C'est là une exagération dont de très nombreuses décisions de jurisprudence, en matière de dotalité, nous fournissent des exemples (1).

Si, par suite du refus du mari de fournir un emploi

(1) Limoges, 14 janvier 1862, Sir. 62, 2,344. — Aix, 3 décembre 1879, Sir. 81, 2,11. — Comp. Bordeaux, 29 juin 1874, Sir. 76. 2,243.

suffisant, le tiers débiteur de la femme, après avoir fait valider les offres faites au mari, déposait, comme nous lui en avons reconnu le droit, la somme due, à la caisse des dépôts et consignations, serait-il par là même dispensé à l'avenir de surveiller le remploi ?

Quelques auteurs l'ont affirmé et ont pensé que la surveillance de l'emploi ou du remploi incombera, après le dépôt, soit aux tribunaux, soit à la caisse dépositaire (1). Nous estimons, au contraire, que même après le dépôt le tiers débiteur est tenu de surveiller le remploi ; il reste en effet toujours intéressé au paiement, et à plus d'un titre que la caisse des dépôts et consignations. La jurisprudence pose en principe la responsabilité des tiers, même dans l'hypothèse qui nous occupe (2). Observons, en effet, qu'une double obligation incombe aux débiteurs de deniers dotaux ; ils sont tenus d'effectuer le paiement et de surveiller le remploi ; en déposant la somme qu'ils doivent, à la caisse des consignations, ils effectuent le paiement, mais ne se dégagent nullement de la seconde obligation qui est une conséquence de ce paiement.

La jurisprudence étend la responsabilité du défaut d'emploi et de remploi à tous les débiteurs et détenteurs de deniers dotaux, même aux simples dépositaires. La Cour de Cassation a souvent déclaré responsables du défaut d'emploi et de remploi les maisons de banque dépositaires de valeurs ou débitrices de sommes dotales soumises à l'emploi et au remploi et qui s'en étaient dessaisies

(1) Benech, *loc. cit.*, n° 60. — Aix, 20 juin 1834, Sir. 34, 2,436.

(2) Nîmes, 11 juin 1836, Sir. 57, 2,172. — Cass. 12 mai 1837, Sir. 57, 1,580. — Caen 26 janvier 1872, Sir. 72, 2,49. — Aubry et Rau, v. § 537 texte et note 96. p. 583.

sans se conformer aux prescriptions du contrat de mariage (1).

Il a été plusieurs fois décidé que les sociétés financières et la Banque de France étaient en droit de refuser la remise pure et simple à la femme dotale des titres au porteur qui lui étaient échues par succession, alors qu'elle était obligée à l'emploi par son contrat de mariage.

Ces titres, étant considérés comme l'équivalent d'un capital, devaient, en conformité des conventions matrimoniales, être convertis en titres nominatifs, et la remise ne devait en être faite au mari qu'après l'accomplissement d'un emploi régulier (2).

La même responsabilité incombe à l'agent de change chargé de transférer les valeurs dotales soumises au emploi. La Cour de Paris a cependant admis le 21 janvier 1858 que la mission de l'agent de change ne comprenait pas l'obligation de vérifier les conditions spéciales de la capacité de la femme (3); mais la doctrine de cet arrêt n'est pas suivie et la jurisprudence déclare l'agent de change obligé, comme tout débiteur, de veiller à l'accomplissement de l'emploi et du emploi des sommes dotales dont il est le dépositaire (4).

## II. — Obligation du mari.

Quelles obligations résulteront pour le mari de l'insertion dans le contrat de mariage de la clause d'emploi et de emploi ?

(1) Paris, 2 janvier 1858, Sir. 58, 2, 499. — Cass. 1<sup>re</sup> février 1859, Sir. 59, 1, 689. — Aix, 23 juillet 1883, Répertoire général de notariat, n° 1692.

(2) Paris, 4 mars 1872, Sir. 72, 2, 6. et 4 août 1873, Sir. 73, 2, 269. — Cass. 13 novembre 1876, Sir. 77, 1, 145.

(3) Paris, arrêt cité, — Dall. jurispr. gén. V. Bourse du commerce, n° 367.

(4) Rouen, 7 avril 1886, Dall. 88, 2, 45.

Le mari est tenu spécialement de la validité du remploi ; il s'est engagé par le contrat de mariage à opérer lui-même le remploi, il est directement intéressé à la prospérité de la dot. Il doit s'enquérir de la valeur et de la situation hypothécaire des immeubles qu'il destine au remploi et des garanties de sécurité que présentent les valeurs mobilières qu'il se propose de dotaliser, même si le contrat de mariage contient la désignation précise de ces titres.

Le mari est responsable de l'éviction et du préjudice provenant d'une cause qu'il aurait pu prévoir au moment du remploi, mais non de l'éviction ou de la diminution de valeur postérieure à l'opération ; en un mot, le mari est responsable des conséquences de sa faute et de son imprudence (1). Mais comment sa faute devra-t-elle être appréciée ? On ne devra pas rendre le mari responsable de sa faute légère ; qu'on exige de lui ce que l'on peut exiger d'un bon père de famille, c'est la seule rigueur qui puisse lui être appliquée.

En cas de défaut d'emploi et de remploi, la jurisprudence admet que le mari doit restituer à la femme non seulement les sommes qu'il a reçues pour elle, mais une indemnité représentant la plus value des immeubles qu'il aurait dû acquérir en remploi et le préjudice que le défaut de remploi lui a causé (2).

## § II. — Des moyens de recours accordés à la femme

Quelles seront les conséquences du défaut et de l'insuffisance de l'emploi et du remploi ? La femme aura deux ac-

(1) Cass. 2 août 1853, Sir. 53, 1, 209.

(2) Cass. 27 juin 1861, Sir. 61, 1, 199. — Toulouse, 7 février 1870, Sir. 71, 2, 113.



tions : une action contre les tiers et une action contre son mari. Etudions le recours donné à la femme successivement en ce qui concerne l'emploi des sommes dotales et le remploi du prix de ses propres aliénés.

I. — Action de la femme contre les tiers.

OBLIGATION D'EMPLOI. — Si, par son contrat de mariage, la femme a imposé au mari l'obligation de faire emploi des sommes qu'il recevrait pour elle, les débiteurs dotaux qui se seront libérés entre les mains du mari, sans exiger un emploi conforme aux prescriptions du contrat de mariage, pourront être contraints de payer une seconde fois, si ce défaut d'emploi cause à la femme un préjudice.

Le mari n'était capable de recevoir les sommes dotales qu'à la condition d'en opérer l'emploi, cet emploi n'ayant pas été effectué, le paiement fait au mari ne sera pas libératoire.

Le recours de la femme contre ses débiteurs est-il subsidiaire ou principal et la femme peut-elle les actionner, avant d'avoir discuté les biens de son mari ? Il paraîtrait logique que le mari fut le premier mis en cause ; les deniers lui ont été remis, il en a profité et il est en faute de n'avoir pas effectué l'emploi. Les principes cependant permettent à la femme d'agir contre les tiers sans avoir discuté les biens du mari. La femme en effet reste créancière tant qu'un paiement libératoire n'est pas intervenu ; le paiement fait au mari et non suivi de remploi ne peut lui être opposable, il nous paraît impossible, malgré la rigueur de cette solution, de refuser à la femme une action directe contre ses débiteurs (1).

(1) Rouen, 7 avril 1886, déjà cité, p. 168, note 4

OBLIGATION DE REMPLOI. — Lorsque l'aliénation des biens dotaux aura été permise, à la charge de remploi, l'inaliénabilité subsistera dans toute sa rigueur, tant qu'un remploi n'aura pas été effectué.

Quelle action sera donnée à la femme contre les acquéreurs de ses biens dotaux, en cas de défaut où d'insuffisance de remploi ? Sur ce point, une controverse existe entre les auteurs. Les uns donnent à la femme *une action en résolution* de la vente pour défaut de paiement du prix et à l'acquéreur, le droit d'arrêter l'action intentée contre lui en payant une seconde fois son prix d'acquisition (1). Les autres donnent à la femme le droit d'agir en *révocation* de la vente qu'elle a consentie. L'immeuble, dit-on, était aliénable à la condition qu'un remploi serait opéré ; le remploi n'étant pas réalisé, l'immeuble est resté inaliénable (2).

La divergence d'opinions que nous venons de rencontrer résulte de la manière différente dont les auteurs envisagent le remploi. Pour les uns, le remploi n'a d'autre but que d'éviter la diminution de la fortune de la femme. En cas de défaut de remploi, si l'acquéreur consent à payer une seconde fois, l'action en résolution de la vente accordée à la femme ne peut être exercée ; la femme n'éprouve aucun préjudice, le but du remploi est atteint. Pour les autres, le but du remploi sous le régime dotal est non seulement de donner à la femme une garantie contre l'insolvabilité de son mari, mais de conserver à la dot le caractère qu'elle avait avant l'aliénation, en per-

(1) Rodière et Pont III, 1844. — Grenoble, 17 décembre 1835. Sir. 36 2, 307.

(2) Aubry et Rau V, § 537, texte et note 93 p. 582. — Benech, n° 99. — Tessier, 1, p. 401. — Troplong IV, 3404 à 3406.

mettant la subrogation du bien acquis en remploi au bien qui a été aliéné.

Les conséquences de chacune des solutions sont importantes.

Le paiement fait par le tiers acquéreur sera une fin de non recevoir opposable à l'action en résolution intentée contre lui ; au contraire, aucune fin de non recevoir ne pourra être opposée à l'action en révocation de la vente.

D'autre part, aucune formalité n'est imposée à la femme pour la conservation de son action en révocation ; l'action résolutoire, au contraire ne sera valablement intentée contre les tiers ayant acquis des droits réels du chef de l'acquéreur que si le privilège de vendeur a été conservé conformément à l'article 7 de la loi du 23 mars 1855.

La femme aura, à notre avis, l'*action en révocation* de la vente qu'elle aura consentie. Le remploi, sous le régime dotal, a pour principal effet de conserver aux biens, remplaçant dans le patrimoine de la femme les biens qu'elle a aliénés, le caractère de la dotalité ; il n'a pas pour but unique d'éviter la dilapidation de la dot. D'ailleurs, un texte peut nous fournir un précieux argument en faveur de l'opinion que nous avons adoptée. D'après l'article 1560, si, hors les cas d'exception prévus par le Code civil, le fonds dotal a été aliéné, la femme ou ses héritiers « pourront faire révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage ». La situation de la femme, en cas de défaut de remploi, peut être assimilée à celle qui lui est faite dans les hypothèses auxquelles le législateur fait allusion dans l'article 1560 ; lorsque le remploi n'a pas été opéré, l'immeuble dotal a été aliéné « hors les cas d'exception prévus par le Code civil », et la femme, dans cette hypothèse, pourra exercer l'action en révocation. La jurispru-

dence donne à la femme l'action en nullité de l'aliénation en cas de défaut ou d'insuffisance d'emploi (1).

Quelles personnes auront le droit d'intenter l'action en révocation ?

Tout d'abord le mari pourra-t-il agir ? De nombreux arrêts lui ont refusé ce droit en vertu de la maxime : *Quem de evictione tenet actio eundem repellit exceptio* ; le mari, a-t-on dit, ne peut se prévaloir de sa propre faute pour intenter l'action en nullité (2).

Nous croyons plus exact d'accorder au mari cette action. L'article 1560 lui permet de faire révoquer pendant le mariage l'aliénation du fonds dotal qu'il a consentie, il n'existe aucun motif de lui refuser le même droit, dans l'hypothèse qui nous occupe : l'immeuble dotal est resté inaliénable, puisque la condition sous laquelle l'aliénation était permise n'a pas été réalisée (3).

L'article 1560 accorde à la femme et à ses héritiers la faculté d'intenter, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, l'action en révocation de la vente de son immeuble dotal ; cet article est applicable en cas de défaut ou d'insuffisance de emploi. Nous donnerons à la femme le droit d'agir, alors même qu'elle aura concouru à la vente ou qu'elle l'aura consentie, avec l'autorisation de son mari. Dans les deux hypothèses, l'immeuble n'en aura pas moins été vendu, alors qu'il restait inaliénable.

(1) Cass., 16 novembre 1847, Dall. 48, 1, 46. — Cass., 3 mai 1853, D. 53, 1, 137. — 21 décembre 1853, Dall. 54, 1, 5, et 2 mai 1855, Dall. 55, 1, 231.

(2) Grenoble, 28 juillet 1863, Sir., 66, 2, 137. — Cass., 22 janvier 1822, Sir., 22, 1, 270. — Aubry et Rau, V., § 537, texte et note 91, p. 582.

(3) L'abbé, note, Sir., 66, 2, 137.

Les créanciers envers lesquels la femme dotale se sera valablement obligée ou qui auront contracté avec elle, avant son mariage, pourront intenter l'action en révocation de la vente du bien dotal. C'est là un droit qui n'est pas exclusivement attaché à la personne ; l'article 1166 est applicable.

Nous avons admis que le remploi était possible tant que la dotalité subsistait, c'est-à-dire jusqu'à la dissolution du mariage et même après la séparation de biens. L'offre du prix faite à la femme par l'acquéreur sera une fin de non recevoir à l'action révocatoire intentée contre lui, si cette offre se produit, même après la séparation de biens, à un moment où le remploi est encore possible (1). Cependant, la jurisprudence est divisée sur cette question ; de nombreux arrêts décident que les tiers actionnés en revendication par la femme ne pourront jamais arrêter l'action révocatoire, en offrant un second paiement du prix (2).

Le tiers actionné par la femme pourra-t-il la renvoyer à la discussion préalable des biens du mari ? Nous ne lui donnerons pas ce droit ; le but du remploi, sous le régime dotal, est de conserver à la dot de la femme le caractère qu'elle avait avant l'aliénation, et de permettre le remplacement d'un bien aliéné par un bien de même nature ; ce but ne serait pas atteint, si l'on obligeait la femme, avant d'exercer contre le tiers acquéreur l'action en révocation de la vente qu'elle lui aurait consentie, à s'attaquer à son mari. On ne peut la contraindre à se contenter, en pareil

(1) Cass., 20 juin 1853, Sir., 54, 1, 5. — Caen., 31 mai 1870, Sir., 71, 2, 31. — Paris, 26 février 1868, Sir. 68. 2, 73, — Aubry et Rau, V., § 537, texte et note 85, p. 580.

(2) Toulouse, 22 décembre 1834, Sir., 35, 2, 296, et 14 juillet 1852, Sir., 52, 2, 636. — Limoges, 21 août 1840, Sir., 44, 2, 56. — Lyon, 24 mars 1847, Sir., 48, 2, 141.

cas, d'une créance contre son mari ; l'insertion de la clause d'emploi et de remploi dans le contrat de mariage a eu précisément pour but d'éviter ce résultat. La jurisprudence admet aussi cette solution qui seule répond au but du remploi sous le régime dotal (1).

Le tiers débiteur de la femme, contraint de payer une seconde fois les sommes remises au mari et dont l'emploi n'aura pas été effectué, est tenu d'une obligation toute personnelle ; il ne saurait se prévaloir des dispositions de l'article 1251 3<sup>o</sup> § et se retourner contre le mari, en se prétendant subrogé de plein droit à l'hypothèque légale de la femme (2).

Une nouvelle conséquence résulte du caractère que nous avons reconnu au remploi qui, avons-nous dit, est une condition de l'aliénabilité des biens dotaux. Quel que soit le délai écoulé depuis la vente du bien dotal, l'acquéreur ne pourra, en aucun cas, opposer la prescription à l'action en révocation intentée contre lui par la femme. L'accomplissement du remploi est en effet la seule condition de l'aliénabilité de l'immeuble dotal. Sans cette condition, la propriété ne peut être transférée par aucun mode de transmission, même par la prescription, le bien dotal reste inaliénable (3).

Que devra restituer l'acquéreur du fonds dotal ? Il sera tenu de restituer le bien dotal aliéné et les fruits et les revenus perçus. On a soutenu que le tiers acquéreur devait être considéré comme un possesseur de mauvaise foi et

(1) Lyon, 25 novembre 1842, Sir., 48, 2, 418.

(2) Cass., 13 février 1866, Sir., 66, 1, 85. — Rouen, 7 avril 1886, déjà cité.

(3) Montpellier, 27 décembre 1833, Sir., 57, 1, 779. — Aubry et Rau, V., p. 574, notes 57.



était obligé, en vertu des articles 549 et 550, de restituer les fruits perçus depuis le jour de son acquisition (1). Cette doctrine nous semble trop rigoureuse. L'acquéreur, même averti de l'obligation de remploi par le contrat de mariage, n'a pas été de mauvaise foi, dès le jour de l'aliénation ; il a toujours dû espérer que le mari auquel il avait remis son prix effectuerait le remploi ; sa confiance a été trompée. Il paraît plus équitable de ne donner à la femme le droit aux fruits qu'à partir de la séparation de biens ou de la dissolution du mariage ; jusqu'à ce moment le mari a pu disposer des fruits en sa qualité d'usufruitier des biens dotaux.

Remarquons, en terminant, que l'acquéreur, en cas d'insuffisance du remploi, ne pourra être considérée comme garant de la dépréciation du bien acquis en remploi, qui se serait produite postérieurement à l'acquisition, quelle qu'en soit d'ailleurs la cause. Il ne pourra de même être actionné par la femme que si les biens acquis en remploi étaient, au moment même de l'acquisition, notoirement insuffisants ; cette question sera laissée à l'appréciation des tribunaux.

De même, si le remploi opéré par le mari est devenu inutile par suite d'éviction, l'acquéreur ne sera responsable que si la cause de l'éviction avait pu être connue de lui au moment du remploi.

Quelle action sera donnée contre l'agent de change, chargé de transférer des valeurs dotales et qui aura omis de veiller à l'accomplissement du remploi auxquelles elles étaient soumises ? La plupart des arrêts accordent à la femme une action en responsabilité contre l'agent de

(1) Riom, 26 juin 1839, Sir., 40, 2, 145. — En ce sens Guillouard, IV, n. 1986.

change, lui permettant d'obtenir une indemnité égale au préjudice que lui a causé le défaut de remploi. La Cour de Rouen a récemment décidé que l'agent de change devait être assimilé au tiers détenteur d'un immeuble dotal et que l'action à laquelle il était soumis était non pas une action en indemnité fondée sur une faute personnelle, mais l'action révocatoire de l'article 1560 (1).

## II. — Action de la femme contre son mari.

Indépendamment de l'action en révocation qu'elle peut exercer contre les tiers acquéreurs, la femme a contre son mari une action en remploi de sa dot. Les conditions d'exercice de cette action sont les mêmes que celles de l'action révocatoire.

L'existence d'une action en remploi accordée à la femme contre son mari ou contre ses héritiers a été fort contestée en jurisprudence et des arrêts nombreux ont décidé que la femme, en cas de défaut ou d'insuffisance d'emploi ou de remploi, ne pouvait actionner que les tiers acquéreurs de ses biens dotaux et les débiteurs de ses créances dotales (2).

Les solutions, en ce sens, sont fondées sur un argument de texte. L'article 1560, qui statue sur les moyens de recours accordés à la femme, ne lui donne pas d'action contre son mari ; il lui confère un seul droit : celui de faire révoquer l'aliénation du bien dotal. On fait valoir en outre, à l'appui de cette opinion, la situation préjudiciable qu'une

(1) Rouen, 7 avril 1886. — *Dall.* 88, 2, 45.

(2) Montpellier, 17 janvier 1831, *Sir.* 31, 2, 214. — Caen, 3 décembre 1836, *Sir.* 37, 2, 161. — Grenoble, 7 avril 1840, *Sir.* 41, 2, 222.

action en remploi peut créer aux créanciers personnels du mari, obligés de laisser colloquer avant eux à un rang privilégié la créance en reprise de la femme.

La jurisprudence et la doctrine sont aujourd'hui unanimes pour accorder à la femme une action en remploi contre son mari (1). Cette action ne peut pas en effet être sérieusement contestée. Les termes de l'article 1560 ne l'excluent pas, ils n'indiquent nullement que l'action en révocation soit le seul moyen de recours donné à la femme. D'autre part, l'intérêt des créanciers du mari ne doit pas être favorisé au préjudice des intérêts de la femme. Qu'elle intente contre son acquéreur l'action en révocation de la vente du bien dotal, ou qu'elle demande à être colloquée sur le prix de la vente des biens du mari, c'est là un droit d'option qui lui appartient à elle seule et les créanciers de son mari n'ont pas qualité pour l'obliger à choisir l'action en révocation plutôt que l'action en remploi.

D'ailleurs, cette dernière action peut présenter pour la femme un avantage ; elle lui permettra, en cas de diminution de valeur du bien dotal aliéné, d'être désintéressée du montant du prix d'aliénation et de n'éprouver ainsi aucun préjudice, si le mari est solvable.

La femme peut donc opter librement entre l'action en remploi et l'action en révocation de la vente. Cette option est possible après la séparation de biens. Le remploi pouvant être effectué jusqu'à la dissolution du mariage, l'option de la femme intervenant après la séparation de biens ne sera que provisoire et restera subordonnée à la condition que le remploi ne sera pas réalisé. Si, après la sépa-

(1) Bordeaux, 8 janvier 1851, Sir. 52, 2, 401. — Cass. 2 mai 1855, Sir. 55, 1, 420. — Rodière et Pont, t. III, n° 4874. — Aubry et Rau, V, p. 563. note 27.

ration de biens, les immeubles du mari sont vendus, la femme obtiendra une collocation subordonnée à la condition que le mari ne fournira pas le remploi avant la dissolution du mariage. L'option définitive peut être considérée comme une ratification consentie par la femme de la vente de ses biens dotaux et une telle ratification ne peut intervenir que lorsque la femme a recouvré son entière capacité, après la dissolution du mariage (1).

La créance de la femme en remploi de sa dot est-elle garantie par son hypothèque légale ?

On l'a contesté en se basant sur l'article 2135, 2<sup>e</sup> aliéna, 4<sup>o</sup> C. C. Cet article, a-t-on dit, en accordant à la femme une hypothèque légale pour le remploi de ses propres aliénés, ne se réfère qu'au régime de la communauté. L'expression employée par le législateur dans l'article 2135 ne peut, ce nous semble, avoir la signification qu'on lui prête, si on la rapproche des termes du deuxième paragraphe 1<sup>o</sup> du même article, en vertu duquel l'hypothèque légale existe « au profit des femmes pour raison de leur dot et conventions matrimoniales », et de la disposition de l'article 2121, accordant l'hypothèque « aux créances des femmes mariées. »

Quel rang doit-être assigné à cette hypothèque légale ? Une controverse très vive existe sur ce point ; bornons-nous à la signaler. L'article 2135, deuxième aliéna, 4<sup>o</sup>, assigne à l'hypothèque légale accordée à la femme pour le remploi de ses propres aliénés, la date du jour de la vente. De nombreux auteurs appliquent la disposition de cet article à l'hypothèque garantissant la créance en remploi

(1) Cass. 3 mai 1833. D. 53, 1, 137.

de la femme dotale (1). Nous considérons, pour notre part, que cette hypothèque doit prendre rang du jour du mariage. La créance de la femme dotale dérive de l'obligation pour le mari de gérer la dot, obligation qui a sa source dans les conventions matrimoniales et qui prend naissance le jour du mariage. La jurisprudence est très divisée sur cette question; cependant les arrêts les plus nombreux assignent à la créance résultant de la vente des biens dotaux la date du jour du mariage (2).

(1) Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, t. III, n° 1314. — Caen, 7 juillet 1851, Sir. 52, 2, 92 et 29 novembre 1872. Dall. 74, 2, 107.

(2) Cass. 26 mai 1865, Sir. 65, 1, 345. — Riom, 16 juin 1877. Dall. 78, 2, 150. — Nîmes, 28 janvier 1879. Dall. 1880, 2, 127.

---

## TROISIÈME PARTIE

### DES CLAUSES RESTRICTIVES DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME SOUS LES RÉGIMES AUTRES QUE LE RÉGIME DOTAL

---

Dans cette dernière partie de notre étude, nous nous proposons de rechercher comment et dans quelle mesure la capacité de la femme peut être restreinte par les clauses de son contrat de mariage, lorsqu'elle ne choisit pas comme régime matrimonial le régime dotal.

Les seules restrictions qui, sous un régime autre que le régime dotal, peuvent être apportées à la capacité qu'a la femme de disposer de son patrimoine et de contracter des obligations susceptibles d'être exécutées sur ses biens, résultent, à notre avis, de la combinaison de l'inaliénabilité, qui est la règle caractéristique du régime dotal, avec le régime adopté par les époux. En d'autres termes, la capacité contractuelle de la femme mariée ne peut pas être restreinte par le contrat de mariage autrement que par l'insertion d'une *stipulation de dotalité*.

Les rédacteurs des contrats de mariage cherchent souvent à restreindre la capacité de la femme par l'insertion de clauses dans lesquelles l'application du régime dotal



n'est pas indiquée d'une manière précise. On semble parfois s'être ingénié à trouver une formule permettant de soumettre la femme au régime dotal, sans même désigner ce régime par le nom qui lui appartient. Pourquoi, dira-t-on, employer des expressions impropres, parfois ambiguës et dont le sens, dans tous les cas, prête à la controverse et ne pas déclarer simplement que la femme entend soumettre une partie de sa fortune à l'application des règles du régime dotal ? L'expression de régime dotal sonne mal aux oreilles de certains contractants ; elle menace de froisser les susceptibilités sinon de la femme, du moins du futur époux. Sans doute, il n'y a pas à le dissimuler, le régime dotal est un régime de précaution contre la mauvaise administration possible du mari et son adoption implique l'idée d'une certaine défiance. Mais une clause restreignant dans les plus étroites limites les pouvoirs accordés au mari par la loi et une stipulation pour la femme d'une série plus ou moins complète d'incapacités ne trahissent-elles pas, aussi bien que l'adoption pure et simple du régime dotal, les craintes qu'inspire à la future épouse ou à sa famille l'administration dont le futur époux sera chargé ? Quoiqu'il en soit, l'expression de régime dotal est vue souvent avec défaveur, c'est là un préjugé dont l'empire est incontestable ; le mot, il est vrai, effraie plus que la chose : la femme frappe ses biens d'inaliénabilité et adopte ainsi le régime dotal sans nommer ce régime.

L'habitude prise par les époux d'insérer dans leur contrat de mariage des clauses accessoires modifiant profondément les effets normaux du régime qu'ils adoptent, est sûrement nuisible à l'interprétation et la rend parfois très laborieuse. Il arrive souvent que le régime inscrit en

tête du contrat de mariage n'est pas celui auquel les époux ont réellement voulu se soumettre ; toutes les conséquences auxquelles conduit l'application de ce régime sont soigneusement écartées et les effets du régime matrimonial préféré par la femme, mais dont le nom n'a pas été prononcé, font l'objet d'une longue réglementation.

Nous étudierons les trois questions suivantes :

1<sup>o</sup> Quelles sont les restrictions qui peuvent être apportées à la capacité de la femme par la combinaison du régime dotal avec les autres régimes matrimoniaux ;

2<sup>o</sup> Quelle est l'influence sur la capacité de la femme de la clause de reprise d'apports francs et quittes et de la clause d'emploi et de remploi insérées sous le régime de la communauté ;

3<sup>o</sup> Quelle est la valeur de la stipulation par laquelle, dans son contrat de mariage, la femme se frappe de l'incapacité absolue de s'obliger.

---

## CHAPITRE PREMIER

### DES RESTRICTIONS A LA CAPACITÉ DE LA FEMME RÉSULTANT DE LA COMBINAISON DU RÉGIME DOTAL AVEC LES AUTRES RÉGIMES MATRIMONIAUX.

#### SECTION I

##### COMBINAISON DU RÉGIME DOTAL ET DU RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

Une des combinaisons les plus pratiques des régimes matrimoniaux entre eux est l'alliance du régime dotal et du régime de la communauté, soit que les époux, adoptant le régime dotal, stipulent une société d'acquêts, ainsi que le permet l'article 1581, soit qu'adoptant le régime de la communauté légale ou modifiée dans sa composition, ils soumettent une partie des biens de la femme aux règles du régime dotal.

Les époux peuvent-ils ne prendre dans le régime dotal que l'un de ses effets, l'inaliénabilité, pour le transporter dans le régime de la communauté ; en d'autres termes, ont-ils la faculté d'adopter le régime de la communauté et de déclarer que tels biens de la femme seront inaliénables, sans se soumettre expressément, en ce qui concerne ces biens, au régime dotal ? Il n'y a pas ici, à proprement parler, combinaison de deux régimes matrimoniaux entre eux, mais stipulation, sous le régime de la communauté, de l'effet principal du régime dotal, l'inaliénabilité des biens

dotaux. L'application du principe de l'inaliénabilité ne doit-elle pas être limitée au régime dotal en vue duquel elle a été spécialement édictée ?

D'excellents auteurs, M. Troplong et M. Marcadé, ont soutenu que la femme stipulant le régime de la communauté ne pouvait pas frapper d'inaliénabilité une partie de ses biens, tel ou tel immeuble lui appartenant, sans adopter partiellement le régime dotal (1).

Résumons les points principaux de leur argumentation :

1<sup>o</sup> L'inaliénabilité des biens est contraire à l'ordre public et à l'intérêt général. Pour ce motif, un bien ne peut être inaliénable que dans les conditions prévues par le législateur. Le Code civil n'ayant admis l'inaliénabilité des biens de la femme que sous le régime dotal, l'inaliénabilité ne peut être stipulée en dehors de ce régime.

2<sup>o</sup> Les travaux préparatoires du Code civil confirment d'ailleurs cet argument. Dans le premier projet du Code civil, avant la modification que ce projet subit, lorsqu'à la demande des représentants des provinces du Midi, le régime dotal fut admis dans notre droit, il était dit non seulement que les immeubles de la femme quoique stipulés dotaux ne seraient pas inaliénables, mais que les époux, par une clause formelle, ne pourraient même pas créer l'inaliénabilité, toute clause en ce sens devant être considérée comme nulle (2). « C'est donc, dit M. Marcadé, uniquement « parce qu'il lui a fallu admettre le régime dotal, que le « législateur a introduit, comme partie intégrante de ce

(1) Marcadé sur l'article 1497, n° 3. *Revue critique*, t. I, p. 226 et t. II, p. 592. — Troplong, *Contrat de mariage*, t. I, n° 79.

(2) Fenet, *Trav. prép.* T. XIII, p. 521, art. 138.

« régime, l'inaliénabilité des immeubles de la femme et « cette inaliénabilité n'est dès lors possible qu'au moyen « de l'adoption de ce régime. » (1).

3° L'article 1392 exige que le régime dotal soit adopté par une déclaration expresse ; or, la clause par laquelle la femme, adoptant le régime de la communauté, stipule que certains de ses biens seront inaliénables, ne peut être considérée comme une déclaration expresse de dotalité.

4° On ajoute enfin : La femme qui a adopté le régime de la communauté est capable d'aliéner ses biens avec la seule autorisation de son mari. C'est là une règle de capacité à laquelle la femme commune en biens ne saurait déroger. Toute clause par laquelle la femme chercherait à diminuer l'étendue de sa capacité est contraire à l'ordre public ; la stipulation d'inaliénabilité que la femme insérerait dans son contrat de mariage, après avoir adopté le régime de la communauté, aurait ce caractère. « L'inaliénabilité, dit M. Troplong, est une exception ; elle ne peut « dériver que d'une loi spéciale ; il n'appartient pas à la « volonté de l'homme de créer des biens indisponibles. « Sans doute, en se mariant sous le régime dotal, la « femme aurait eu la faculté légale de captiver ses immeu- « bles dans les liens de l'inaliénabilité. Pourquoi donc ne « s'est-elle pas mariée sous le régime dotal ? Pourquoi n'a- « t-elle pas cherché dans le régime dotal une garantie que « ne donne pas la communauté (2) ? »

Cette argumentation peut être combattue :

1° Tout d'abord, le motif tiré des travaux préparatoires du Code civil ne nous semble pas probant. On peut lui oppo-

(1) Loc. cit, p. 673.

(2) Loc, cit.

ser cette déclaration faite par Duveyrier dans son rapport au Tribunal: « Je n'ai pas besoin d'observer qu'en permettant au régime dotal la stipulation d'une société d'acquêts, c'est permettre au régime de la communauté la stipulation d'une dot inaliénable. » (1). Il en ressort tout au moins l'idée que la stipulation par laquelle la femme commune en biens frappe une partie de son patrimoine d'inaliénabilité n'a pas paru au législateur contraire aux principes généraux de notre droit.

2° Le Code civil, dans l'article 1398, n'exige pas pour que la femme soit soumise au régime dotal, une formule sacramentelle; il demande que la femme manifeste clairement ses intentions de frapper ses biens de dotalité. Or, la stipulation par laquelle la femme déclare rendre inaliénable une partie de ses biens n'est-elle pas suffisante pour indiquer sa volonté de se soumettre à l'application partielle du régime dotal? « L'adoption totale ou partielle du régime dotal, dit M. Demolombe, n'est soumise à aucune forme sacramentelle et il suffit que la volonté des parties, à cet égard, soit certaine, qu'elle qu'en soit la forme. Or, en vérité, n'est-il pas certain que les époux ont voulu se soumettre au régime dotal, lorsqu'ils stipulent formellement l'un des effets les plus importants et les plus caractéristiques de ce régime (2)? »

3° La stipulation d'inaliénabilité est-elle, comme on le soutient, contraire à l'ordre public? D'autre part, l'inaliénabilité est-elle liée au régime dotal si étroitement qu'elle ne puisse exister en dehors de ce régime? L'inaliénabilité n'est évidemment pas contraire à l'ordre pu-

(1) Locré, T. XII, p. 397,

(2) Revue critique T. I, p. 717 et suiv.



blic, elle est formellement autorisée par le législateur qui lui a donné une application dans notre droit. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales permet d'associer entre elles toutes les dispositions que les rédacteurs du Code ont sanctionnées. Par cette seule raison qu'il a admis l'inaliénabilité et qu'il a permis aux époux d'adopter un régime mixte formé des dispositions particulières des divers régimes matrimoniaux, le législateur a autorisé la stipulation de l'inaliénabilité des biens de la femme en dehors du régime dotal. Bien plus le Code civil fournit lui-même un exemple de la réunion, dans un même contrat de mariage, de l'inaliénabilité et du régime de la communauté. L'article 1581 permet de stipuler l'inaliénabilité des biens de la femme sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts. Pourquoi une telle stipulation ne serait-elle pas autorisée dans les autres hypothèses où la femme est soumise au régime de la communauté ?

Nous pouvons conclure de cette discussion que sous le régime de la communauté soit légale, soit réduite aux acquêts, étendue ou restreinte par un des modes autorisés par le législateur, la femme peut stipuler que certains de ses biens seront inaliénables. Cette simple déclaration suffira pour soumettre les biens qu'elle concerne à l'application des règles du régime dotal, indépendamment de toute adoption expresse de ce régime. C'est d'ailleurs l'avis qu'une jurisprudence constante a formulé par de très nombreux arrêts et que la plupart des auteurs ont adopté (1).

(1) Cass. 24 août 1836, Sir. 36, 1, 913. — Cass. 15 mars 1853, Sir. 53, 1, 465. — Cass. 21 janvier 1856, Sir. 56, 1, 329. — Cass. 3 février 1879, Sir. 79, 1, 353. — Aubry et Rau, V § 504, p. 268, texte et note 7, et § 533, texte et note 7 p. 523 — Rodière et Pont III, 1644. — Laurent XXIII, 157. — Guillouard I, 89.

La jurisprudence exige seulement que la femme ait manifesté sa volonté de se soumettre partiellement au régime dotal par une clause assez précise pour que les tiers n'aient aucun doute sur sa véritable portée.

## SECTION II

### COMBINAISON DU RÉGIME DOTAL ET DU RÉGIME DE LA SÉPARATION DE BIENS

Une femme adoptant le régime de la séparation de biens peut-elle stipuler que ses biens propres seront inaliénables ?

De nombreux auteurs considèrent comme valable une telle stipulation.

Ils invoquent, en faveur de cette opinion, le principe de la liberté des conventions et l'intérêt de la femme.

Le principal argument à l'appui des cette thèse est le suivant : L'article 1563 permet à la femme, même mariée sous le régime dotal, de demander sa séparation de biens, lorsque sa dot est mise en péril. Le jugement de séparation intervenu, les biens de la femme restent inaliénables et sont cependant administrés par elle. Il peut donc y avoir, dans notre droit, des biens inaliénables administrés par la femme et l'inaliénabilité n'est pas incompatible avec le régime de la séparation de biens. Lorsque la femme adopte par contrat de mariage ce dernier régime et stipule l'inaliénabilité de ses biens, elle ne fait pas une convention contraire aux principes du Code civil ; il n'existe aucune raison de prohiber dans cette hypothèse une situation qu'ailleurs le législateur a formellement autorisée.

On invoque dans le même sens la disposition de l'arti-

cle 1549. Cet article permet à la femme de convenir par son contrat de mariage qu'elle touchera annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. Et cependant l'inaliénabilité subsiste, malgré cette stipulation qui donne à la femme dotale, en ce qui concerne ses biens dotaux, les pouvoirs de la femme séparée de biens. L'article 1549 confirme l'argument résultant de l'article 1563 ; on peut donc décider que les biens propres de la femme séparée peuvent être rendus inaliénables.

Nous considérons, pour notre part, que la femme adoptant le régime de la séparation de biens ne peut pas stipuler l'inaliénabilité de ses biens propres, il y a incompatibilité entre le régime de la séparation de biens et l'inaliénabilité.

Le motif qui nous décide en ce sens est la raison d'être de l'inaliénabilité. L'inaliénabilité est une garantie donnée à la femme en raison des pouvoirs très étendus accordés au mari sous le régime dotal. Sous le régime de la communauté, sous le régime exclusif de la communauté, le mari conserve de larges pouvoirs d'administration sur la fortune de la femme, l'inaliénabilité est possible ; sous le régime de la séparation de biens, le mari a le seul droit d'autoriser la femme à aliéner ses biens, la femme peut les administrer librement, sans même être tenue de demander l'autorisation du mari, l'inaliénabilité est, à notre avis, impossible.

Quelques arguments peuvent-être opposés à l'opinion adverse :

1<sup>o</sup> La source la plus précieuse des règles du Code civil sur les questions relatives à l'inaliénabilité, la tradition, nous indique que l'inaliénabilité a toujours été pour la

femme un moyen de protection contre les pouvoirs du mari. En droit romain, la loi Julia a eu pour but, en rendant le fonds dotal inaliénable, de protéger la femme contre les pouvoirs très étendus accordés au mari sur sa dot; le même but apparaît dans les réformes de Justinien; or, comme nous l'avons observé au début de cette étude, le motif sur lequel est fondée, dans notre droit, l'inaliénabilité des biens dotaux est celui qu'invoquaient les jurisconsultes romains.

D'autre part, le législateur a frappé d'inaliénabilité les biens *dotaux*. Ces biens sont ceux qui ont été apportés par la femme au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage; les biens que la femme administre elle-même ne peuvent pas être considérés comme des biens dotaux. Sans doute, sous le régime de la séparation de biens, la femme contribuera aux charges du mariage, mais sa contribution sera prise sur les revenus qu'elle aura perçus elle-même et non sur les revenus des biens dont le mari aura l'administration et la jouissance (1).

2° L'argument tiré de l'intérêt de la femme manque d'autorité au point de vue juridique. On ne peut valider une stipulation par cela seul qu'elle offre un avantage pour les contractants. Même dans son contrat de mariage, la femme ne peut pas stipuler toutes les clauses que justifie son seul intérêt.

3° A l'argument basé sur la possibilité pour la femme séparée de biens judiciairement d'avoir des biens inaliénables, nous répondrons qu'on ne doit pas assimiler l'hypothèse où la séparation de biens résulte du contrat de mariage et celle où elle résulte d'un jugement. En général la séparation de biens conventionnelle et la séparation de

(1) Valette, *Mélanges*, t. I, p. 513.

biens judiciaire suivent les mêmes règles ; cependant une différence essentielle existe entre elles. La séparation de biens, lorsqu'elle est stipulée dans le contrat de mariage, produit ses effets pendant toute la durée du mariage, elle crée des rapports qui ne s'éteignent qu'avec le lien conjugal lui-même ; le régime de séparation de biens est définitivement établi, les époux n'ont aucune occasion de revenir à un autre régime. La séparation judiciaire, au contraire, est un accident ; elle crée aux époux une situation momentanée, le vœu du législateur est que cette séparation ne soit pas définitive et que le régime antérieur soit rétabli. Aussi la séparation, considérée par le législateur comme une mesure provisoire, fait-elle disparaître le régime antérieur aussi peu que possible ; elle respecte l'inaliénabilité des biens de la femme qui, après la séparation, restent dotaux.

Diverses raisons justifient cette disposition du Code civil. Les époux séparés de biens ont la faculté de rétablir leur régime matrimonial antérieur. Lorsqu'ils usent de cette faculté, le régime établi par le contrat de mariage est réputé n'avoir jamais cessé d'être suivi. La rétroactivité qu'opère le rétablissement de ce régime entraîne comme conséquence le maintien de l'inaliénabilité après la séparation de biens. D'autre part, lorsque la femme fait prononcer sa séparation de biens, les affaires du mari sont généralement compromises, elle a plus que jamais besoin de la protection de la dotalité.

La différence entre les deux hypothèses de séparation de biens peut donc se justifier. Si en cas de séparation judiciaire, les biens de la femme restent dotaux, c'est en raison de la situation particulière, absolument momentanée, créée à la femme par la séparation, et, si une femme

séparée de biens peut ici avoir des biens dotaux, cet état de choses n'est pas définitif, le législateur espère que le régime matrimonial adopté par les époux dans leur contrat de mariage sera rétabli. On ne doit donc pas conclure de ce que le législateur a admis par exception qu'une femme séparée de biens peut avoir des biens dotaux à la possibilité pour la femme adoptant le régime de séparation de biens de stipuler l'inaliénabilité de ses propres et de se créer ainsi par contrat de mariage une situation que le Code civil n'admet qu'à titre exceptionnel et provisoire.

4° L'article 1549, 3° autorise la femme dotale à se réserver par contrat de mariage la jouissance d'une partie de ses biens dotaux. Il y a, dit-on, en ce qui concerne ces biens, alliance du régime dotal et du régime de la séparation de biens. Nous répondrons : La femme qui dans son contrat de mariage formule la réserve autorisée par l'article 1549 n'est pas dans la situation d'une femme séparée de biens ; elle a la jouissance de certains biens dotaux mais elle n'en a pas l'administration, le mari conserve le droit d'administrer les biens dont la femme perçoit les revenus. L'argument d'analogie tiré de l'article 1549 n'est donc pas probant.

Pour ces diverses raisons nous pensons que la femme, lorsqu'elle adopte le régime de la séparation de biens, ne peut pas stipuler l'inaliénabilité d'une partie de son patrimoine.

La jurisprudence admet la solution contraire et décide que la femme adoptant le régime de la séparation de biens peut stipuler l'inaliénabilité de ses propres (1).

Quel sera, dans la doctrine que nous avons admise, le

(1) Cass. 17 février 1886, *Journal du Palais*, 1886, 1, 383. — Rodière et Pont, t. I, n° 86 et t. III, n° 2023. — Contra Lyon-Caen, note Sir. 1876, 2.66.



sort de la stipulation d'inaliénabilité insérée par la femme dans son contrat de mariage contenant adoption du régime de la séparation de biens ? A notre avis, cette clause ne devra produire aucun effet et devra être annulée purement et simplement. Un auteur qui partage l'opinion que nous avons acceptée et ne reconnaît pas à la femme séparée de biens contractuellement le droit de stipuler l'inaliénabilité de ses propres, M. Bellot des Minières, n'admet pas la nullité de la clause d'inaliénabilité. Il décide que cette clause produira effet mais que le régime de la séparation de biens adopté par la femme ne sera pas suivi, la femme sera réputée être mariée sous le régime dotal ; le mari aura l'administration et la jouissance de ses biens (1). Une telle conclusion ne nous paraît pas explicable. La femme déclare expressément se soumettre au régime de la séparation de biens, c'est la disposition principale de son contrat de mariage, toutes les autres stipulations ne sont qu'accessoires. Si une disposition subsidiaire insérée dans le contrat de mariage est inconciliable avec le régime que les époux ont formellement adopté, cette disposition doit tomber seule, mais le régime qu'ils ont choisi doit être maintenu.

---

(1) Du contrat de mariage considéré en lui-même, n° 287.

## CHAPITRE II

### DE DIVERSES CLAUSES INSÉRÉES SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ ET PARFOIS CONSIDÉRÉES COMME DES STIPULATIONS DE DOTALITÉ.

La jurisprudence admet que la femme commune en biens peut être soumise, en ce qui concerne une partie de sa fortune, aux règles du régime dotal, sans qu'elle ait inséré dans son contrat de mariage une déclaration formelle de dotalité. Elle demande seulement que les termes employés par la femme soient assez précis pour qu'aucun doute n'existe, aux yeux des tiers, sur l'inaliénabilité de ses biens. Elle décide même qu'en dehors de toute clause expresse, l'intention de la femme pourra se manifester d'une manière suffisante dans l'ensemble des clauses du contrat de mariage.

Tel nous paraît être le principe qui résulte des décisions de la jurisprudence. Mais les difficultés pratiques que soulève l'application de ce principe sont nombreuses et il sera toujours difficile de déterminer dans quelles hypothèses la volonté de la femme de rendre inaliénable une partie de ses biens aura été exprimée assez clairement pour que les tiers ne puissent concevoir aucun doute sur la portée exacte de cette stipulation.

Les mêmes règles d'interprétation ne sont du reste pas admises avec une égale rigueur par tous les tribunaux ; certains d'entre eux voient des stipulations d'inaliéna-

bilité dans diverses clauses auxquelles d'autres n'attribuent pas cette signification. La Cour de Cassation, grâce au pouvoir de contrôle qu'elle entend se réserver en cette matière, a tracé à l'interprétation des règles uniformes et sa jurisprudence, mettant fin à de nombreuses controverses, paraît aujourd'hui bien établie.

Il serait puéril de chercher à donner une énumération des clauses qui, stipulées sous le régime de la communauté, peuvent être considérées comme impliquant adoption partielle des règles du régime dotal ; les formules employées par les rédacteurs des contrats de mariage peuvent en effet varier à l'infini.

Deux stipulations, qui se rencontrent fréquemment dans les contrats de mariage contenant adoption du régime de la communauté légale ou modifiée, ont été diversement interprétées et ont engendré de vives discussions : la clause de reprise d'apports francs et quittes et la clause de remploi. Demandons-nous quelle restriction l'insertion dans le contrat de mariage de chacune de ces clauses peut apporter à la capacité de la femme.

## SECTION I

### DE LA CLAUSE DE REPRISE D'APPORTS FRANCS ET QUITTES

L'article 1514 permet à la femme de stipuler : qu'en cas de renonciation à la communauté, elle aura le droit de reprendre tout ou partie de ce qu'elle y aura apporté soit lors du mariage soit depuis, sans que son apport soit tenu des dettes de la communauté. Cet apport ne sera repris que déduction faite des dettes personnelles à la femme et que la communauté aurait acquittées.

La clause de reprise d'apports francs et quittes formulée d'après les termes mêmes de l'article 1514 ne concerne que les rapports des époux entre eux et n'a d'effet que vis-à-vis du mari. Elle n'apporte aucune restriction à la capacité de la femme qui conserve le droit d'aliéner librement ses biens et de s'obliger sur tout son patrimoine.

Souvent, la femme ne se borne pas à stipuler la reprise de ses apports francs et quittes, telle qu'elle résulte du texte de l'article 1514, elle ajoute : « qu'elle aura le droit *de reprendre son apport franc et quitte* des dettes de la communauté *même dans le cas où elle se serait obligée solidairement avec son mari ou aurait été condamnée avec lui.* »

L'interprétation de la clause ainsi modifiée a été l'objet, en doctrine et en jurisprudence, d'une vive discussion.

Une telle clause sera-t-elle opposable aux créanciers de la femme ? Cette dernière pourra-t-elle soustraire son apport à leurs poursuites ; en d'autres termes, devra-t-on considérer la clause que nous envisageons comme entraînant l'inaliénabilité de l'apport de la femme commune en biens.

On l'a affirmé, on a dit : la clause rédigée d'après la seconde formule que nous avons indiquée doit avoir un sens différent de celui qui est attribué à la stipulation dans laquelle les termes de l'article 1514 sont reproduits purement et simplement. Lorsque la femme déclare dans son contrat de mariage qu'elle reprendra son apport franc et quitte des dettes de la communauté, même dans le cas où elle se serait obligée avec le mari, cette stipulation ne se comprend et n'a d'utilité que si elle met les apports de la femme à l'abri des poursuites des créanciers ayant reçu son engagement. La clause ainsi rédigée est, dit-on, une

combinaison du régime dotal et du régime de la communauté, son effet est de frapper de dotalité les apports de la femme.

La Cour de Cassation a donné cette interprétation dans deux arrêts du 7 février 1855 et du 16 mars 1856 (1). Indiquons la formule des deux clauses soumises à l'examen de la Cour. La première formule était ainsi conçue : « La future épouse se réserve pour elle et ses héritiers la faculté, en cas de renonciation à la communauté, de remporter par privilège et par préférence à tous créanciers de la communauté ses apports et tout ce qu'elle justifierait lui être échu à quelque titre que ce fût et ce, même pour le cas où la future épouse se serait obligée avec son mari et pour celui où elle aurait été condamnée. »

La seconde clause était ainsi rédigée : « Les époux adoptent la communauté réduite aux acquêts. La future épouse ou ses héritiers reprendront en exception de toutes dettes et charges la généralité des valeurs provenues de son chef quand même elle serait obligée ou aurait été condamnée solidairement avec son mari. »

La Cour de Cassation a admis que ces deux clauses étaient assez précises pour établir la dotalité des apports de la femme.

Une telle interprétation dépassait de beaucoup la volonté des contractants et l'intention des rédacteurs des contrats de mariage. En insérant de telles clauses dans leurs conventions matrimoniales, après avoir stipulé le régime de la communauté, les époux n'avaient certainement pas eu l'intention de frapper les biens de la femme d'inaliénabilité. Leur seul but avait été de faire ressortir

(1) Sirey, 1855, 1, 580 et 1856, 1, 415.

cette idée que la femme reprendrait son apport libre des dettes de la communauté et que, dans le cas où elle se serait obligée, elle devrait être indemnisée par le mari ; les deux clauses litigieuses n'étaient qu'une reproduction des règles des articles 1494 et 1514.

Les arrêts de la Cour de Cassation soulevèrent de nombreuses protestations. Jamais, fût-il dit, le notariat n'avait attribué à la clause de reprise d'apports francs et quittes la signification que lui avait donnée la Cour suprême et n'avait vu dans une telle stipulation jointe au régime de la communauté une soumission des biens de la femme au régime dotal. De nombreux prêts avaient été consentis à des femmes mariées sous le régime de la communauté et qui dans leurs contrats de mariage avaient inséré la clause litigieuse ; les créanciers avaient accepté les hypothèques que leur avaient conférées leurs débitrices, sans même soupçonner qu'elles fussent incapables de s'obliger et d'hypothéquer leurs immeubles (1).

La Cour de Cassation fut-elle émue des protestations que ses arrêts avaient soulevées dans le monde des affaires et du trouble qu'ils avaient apporté dans les principes d'interprétation habituellement suivis ; quoiqu'il en soit elle modifia sa jurisprudence. La Chambre des requêtes commença par rejeter les pourvois formés contre les décisions des Cours d'appel qui avaient restreint aux rapports des époux entre eux les effets de la clause de reprise d'apports, puis la Chambre civile décida formellement que cette clause n'avait pas pour effet de frapper les biens de la femme d'inaliénabilité (2).

(1) *Journal du Notariat*, article de M. Hennequin, n° du 13 août 1856.

(2) Cass. 14 et 15 décembre 1858, Sir. 59, 1, 229 à 233. — Cass. req. 26 janvier 1866, Sir. 1866, 1, 141. — Cass. civ. 21 décembre 1869, Sir. 1870, 1, 161. — Comp. Aubry et Rau, § 333 note 41, p. 525.



Cette seconde interprétation nous paraît plus conforme aux intentions des parties. Nous sommes, pour notre part, absolument hostiles à une méthode d'interprétation que préconisent certains jurisconsultes et d'après laquelle tout texte de loi et toute clause d'une convention doivent nécessairement avoir une utilité et une signification particulières. Les rédacteurs du Code civil n'ont pas échappé à de nombreuses répétitions et leur œuvre contient quelques dispositions dont l'utilité est évidemment contestable. N'est-il pas permis d'adresser le même reproche d'inutilité à certaines clauses stipulées dans les contrats de mariage? La rédaction de la clause de reprise d'apports francs et quittes, telle que nous l'avons indiquée, était certainement surabondante et c'est à tort que la Cour de Cassation a cherché à lui trouver un sens que les époux n'avaient pas songé à lui attribuer. Signalons, dans l'interprétation de la clause que nous venons d'examiner, un des inconvénients des formules verbeuses employées parfois dans la rédaction des contrats de mariage. La précision dans la rédaction de ces actes est indispensable à leur saine interprétation.

La clause de reprise d'apports francs et quittes est souvent insérée dans les contrats de mariage alors qu'elle est sans intérêt. Nous l'avons parfois rencontrée stipulée sous le régime de la communauté d'acquêts, alors que les époux avaient exclu de la communauté et réservé à titre de propres tous leurs meubles. Cette clause ne peut être utile que si certains apports de la femme tombent dans la masse commune ; la femme, à la dissolution de la communauté, reprendra ses apports sans contribuer aux dettes. Insérée sous le régime de la communauté de biens réduite aux acquêts, cette clause ne peut que prêter à la controverse.

La clause de reprise d'apports francs et quittes, telle qu'elle est souvent rédigée dans les contrats de mariage, s'explique historiquement. Elle était connue dans notre ancien droit. Cette clause autorisant la femme à soustraire son apport aux dettes de la communauté avait tout d'abord paru contraire au droit commun. La femme considérée au point de vue de la communauté comme l'associée du mari ne pouvait, disait-on, prendre dans la communauté une part de bénéfices sans contribuer aux pertes. Cependant, on avait fini par admettre cette stipulation en considération des pouvoirs très étendus appartenant au mari sur les biens de la communauté et de l'impossibilité pour la femme de contrôler sa gestion. Lorsque la femme s'était engagée en même temps que le mari, on considérerait qu'une clause formelle était nécessaire pour que la reprise d'apports pût s'exercer. « Il est souvent stipulé, dit Renusson, que la femme pourra renoncer à la communauté et, ce faisant, qu'elle reprendra ce qu'elle aura apporté franchement et quittement, sans être tenue des dettes contractées pendant le mariage par son mari et qu'elle sera indemnisée en cas qu'elle y ait parlé ». (1) C'est la même formule que nous rencontrons dans Ferrières (2). Cette formule ne prête pas à l'équivoque. Il résulte de tous les commentaires qui lui ont été consacrés dans notre ancienne jurisprudence qu'elle n'avait d'effet qu'entre les époux et non à l'égard de tiers ; la femme restait capable de s'obliger.

La formule citée par nos vieux auteurs est celle que reproduisent aujourd'hui les contrats de mariage. On ne

(1) Renusson. — *Traité de la communauté*, 4<sup>e</sup> partie, ch. IV, n° 74.

(2) Massé, *Du parfait notaire*, t. III, p. 179.

saurait lui attribuer une signification différente de celle qui lui a été autrefois reconnue.

Est-ce à dire qu'en aucun cas la clause de reprise d'apports francs et quittes ne sera opposable aux tiers et ne pourra être considérée comme établissant l'inaliénabilité des biens de la femme ? Nous estimons que le principe de la liberté des conventions matrimoniales permettra à la femme de stipuler la reprise de ses apports francs et quittes de manière à la rendre opposable même aux créanciers envers lesquels la femme se sera obligée personnellement.

La clause que nous étudions est parfois ainsi rédigée : « La femme reprendra son apport franc et quitte *même* « *au préjudice des créanciers envers lesquels elle se* « *sera personnellement obligée ou qui auront obtenu* « *condamnation contre elle.* » Cette clause ainsi formulée pourra être envisagée comme une stipulation de dotalité concernant les reprises de la femme. Les créanciers envers lesquels elle se sera obligée pendant le mariage ne pourront saisir ses reprises. La stipulation que nous avons mentionnée nous paraît assez explicite pour leur être opposable. Elle n'est pas susceptible d'une autre interprétation et la jurisprudence n'exigeant pas que la femme se soumettant au régime dotal emploie une formule sacramentelle, mais se bornant à demander à la femme une manifestation non douteuse de sa volonté d'établir l'inaliénabilité de ses biens, la clause rédigée d'après la dernière formule que nous avons indiquée est suffisamment explicite pour être opposée aux tiers.

Une objection qui a l'apparence de la gravité a été faite à la solution que nous avons adoptée. On a soutenu que même en admettant que la clause de reprise d'apports pût

être rendue opposable aux tiers par la formule employée dans le contrat de mariage, cette clause devait être déclarée nulle sous d'autres rapports. « Elle autorise la stipulation d'un régime matrimonial sous une condition purement potestative en ce que la femme est, à son gré, commune en biens ou dotale, suivant qu'il lui plaît d'accepter la communauté ou d'y renoncer. Il y a là en effet une communauté ou une dotalité conditionnellement stipulée, car la femme dit : Si je renonce, j'agirai contre les tiers comme femme dotale ; la condition est purement potestative, car toute stipulation prohibitive de la faculté de renoncer étant nulle, il n'y a aucun lien de droit qui puisse obliger la femme à renoncer ou à accepter et tout dépend uniquement de sa volonté » (1).

La clause de reprise d'apports, comme nous l'avons interprétée, lorsque l'intention de la femme de la rendre opposable aux tiers est suffisamment indiquée, n'a pas pour effet de faire passer la femme à son gré du régime de la communauté au régime dotal. Qu'elle accepte la communauté ou qu'elle y renonce ; la femme aura toujours été mariée sous le régime de la communauté. Après sa renonciation, la femme restera commune en biens mais ses propres seront inaliénables. La clause de reprise d'apports rendue opposable aux tiers n'est pas autre chose qu'une combinaison du régime dotal et du régime de la communauté ; il est inexact de dire que la femme ait stipulé conditionnellement l'un ou l'autre de ces régimes. « Il ne s'agit donc pas d'un régime matrimonial substitué à un autre mais simplement d'un effet de plus ajouté aux

(1) Paul Pont, *Revue critique*, 1856, t. IX, p. 536.

« effets rétroactifs de la renonciation. Il est de la nature  
« de la communauté qu'une foule d'actes soient considé-  
« rés d'une manière ou d'une autre suivant que la femme  
« accepte ou répudie. La loi elle-même a donné cette puis-  
« sance à la volonté de la femme. Elle l'a pu sans danger,  
« les tiers étant avertis. La situation de la femme, à l'é-  
« gard de ses propres, sera donc déterminée par l'option  
« potestative licite entre l'acceptation et la répudiation et  
« non pas par l'option potestative illicite entre la commu-  
« nauté et le régime dotal » (1).

## SECTION II

### DE LA CLAUSE D'EMPLOI ET DE REMPLOI SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

L'obligation d'emploi et de remploi est souvent stipulée par la femme lorsqu'elle adopte le régime de la communauté. La femme cherche par ce moyen à restreindre les pouvoirs d'administration très étendus accordés au mari sur sa dot et à faciliter la restitution de ses reprises en obligeant son mari à remplacer ses biens propres aliénés par des biens de même nature.

Nous nous demanderons quelle est l'influence sur la capacité de la femme de la clause d'emploi et de remploi, dans les diverses hypothèses où elle se rencontre sous le régime de la communauté. Les développements que nous avons donnés à la question de l'emploi et du remploi sous le régime dotal nous dispenseront d'étudier longuement l'emploi et le remploi conventionnels sous le régime de la

(1) Ollivier, *Revue pratique*, 1837, t. III, p. 529 et suiv.,

communauté. Il nous suffira d'indiquer les caractères spéciaux et les effets de cette forme particulière du remploi et de signaler les principales différences qui existent entre les règles qui la régissent et celles qui sont applicables à l'emploi et au remploi sous le régime dotal.

Lorsqu'après avoir adopté le régime de la communauté, la femme stipule l'obligation d'emploi et de remploi, elle désire assurer la conservation de sa dot sans aller jusqu'à frapper ses biens d'inaliénabilité.

On a généralement une tendance, dans l'interprétation des clauses de remploi, à assimiler les stipulations de remploi insérées par la femme sous le régime de la communauté aux mêmes stipulations jointes à l'adoption du régime dotal. Cependant une différence importante existe entre les effets de la clause de remploi dans les deux hypothèses. Sous le régime dotal, la réalisation du remploi est une condition de l'aliénabilité des biens dotaux ; sous le régime de la communauté, au contraire, le seul but de l'obligation de remploi est de donner à la femme une garantie spéciale pour la restitution de ses reprises.

Il n'est pas possible d'établir des règles certaines d'interprétation en ce qui concerne les clauses d'emploi et de remploi stipulées par la femme sous le régime de la communauté, le caractère de ces clauses diffère en effet avec la formule employée dans le contrat de mariage ; d'autre part, leur signification résulte souvent de l'ensemble des stipulations insérées dans les conventions matrimoniales.

Le sens et la portée des clauses d'emploi et de remploi insérées par la femme dans son contrat de mariage seront déterminés souverainement par les tribunaux et l'appréciation qu'ils donneront de la volonté manifestée à cet



égard par la femme échappera au contrôle de la Cour de Cassation (1).

On peut distinguer, au point de vue de leurs effets sur la capacité de la femme, les clauses d'emploi et de remploi stipulées sous le régime de la communauté en quatre catégories :

1. La femme se borne à faire allusion dans son contrat de mariage au remploi facultatif régie par les articles 1434 et 1435. Il n'y a pas dans cette hypothèse une véritable clause de remploi conventionnel.

2. La femme impose au mari l'obligation d'opérer le remploi du prix de ses biens propres aliénés et des sommes dotales qu'il recevra pendant le mariage, mais elle ne fait aucune allusion à la responsabilité des tiers.

3. La femme oblige le mari à l'emploi et au remploi et déclare que les tiers seront responsables de leur accomplissement.

4. Elle frappe de dotalité une partie de ses biens propres et stipule qu'ils seront aliénables à la charge de remploi.

Examinons rapidement les effets de chacune de ces stipulations et l'influence qu'elle peut exercer sur la capacité de la femme.

### § I. — Remploi facultatif.

Lorsque la femme déclare dans son contrat de mariage qu'il sera fait remploi du prix de ses biens propres aliénés et des sommes qui seront payées par ses débiteurs pendant le mariage, une telle stipulation n'a *aucun effet obligatoire* même pour le mari, dès lors elle devient inutile.

(1) Cass. 7 avril 1879, Dall. 79, 1, 444.

Le mari, sous le régime de la communauté, a la faculté d'opérer le remploi des biens propres de la femme, sans qu'il soit besoin d'une stipulation spéciale à cet égard dans le contrat de mariage (art. 1434 et 1435.) C'est à tort que l'on chercherait à donner quelque effet à une telle clause de remploi ; le rédacteur du contrat de mariage s'est borné à reproduire, sans rien y ajouter, les dispositions édictées par la loi pour le remploi facultatif. Mais le remploi n'a aucun caractère obligatoire ni pour le mari ni pour les tiers ; la femme, dans cette hypothèse, n'a aucune action contre le mari pour exiger de lui qu'il opère le remploi des prix de vente qu'il a reçus ou qu'il fasse emploi des sommes qui lui ont été payées (1).

Si elle juge que sa dot est mise en péril, il lui restera la seule ressource de demander sa séparation de biens.

Dans quelles hypothèses le remploi sera-t-il facultatif, alors même qu'il aura été stipulé dans le contrat de mariage ? Il est difficile de poser ici une règle, la variété des formules employées dans la rédaction des contrats de mariage s'y oppose. On peut admettre cependant que chaque fois que la femme se sera bornée à faire allusion aux prescriptions des articles 1434 et 1435, sans imposer spécialement au mari l'obligation d'effectuer l'emploi et le remploi de ses biens, le remploi sera facultatif.

De même, le remploi sera facultatif lorsque la clause de remploi insérée dans le contrat de mariage s'appliquera aux biens des deux époux ; le remploi ne peut jamais être rendu obligatoire en ce qui concerne les biens propres du mari.

(1) Cass. 1<sup>re</sup> février 1848. Sir. 48, 1, 453. — Cass. 7 avril 1879. Sir. 80, 4, 400. — Aubry et Rau, § 507, note 79, p. 307. — Rodière et Pont, t. II, 695. Laurent, XXI, 384. — Colmet de Santerre, VI, 79 bis, IV. Guillouard, II, 501.

La clause de remploi facultatif n'a aucune influence sur la capacité de la femme qui reste soumise aux règles spéciales de capacité propres au régime de la communauté.

Nous n'avons pas à étudier les règles du remploi facultatif sous le régime de la communauté ; c'est là une question se rattachant aux modes de liquidation des reprises des époux et qui est en dehors de notre sujet.

Lorsque la femme stipule dans son contrat de mariage qu'il sera fait emploi et remploi de ses biens propres et fixe un délai à cet effet, l'emploi et le remploi cessent d'être facultatifs, ils deviennent obligatoires pour le mari et sont régis par les règles que nous allons exposer.

## § II. — Remploi obligatoire pour le mari

La femme, lorsqu'elle adopte le régime de la communauté, peut rendre *obligatoire pour le mari* l'emploi et le remploi que le législateur laisse facultatifs.

La validité de la clause de remploi rendue obligatoire pour le mari ne paraît pas contestable (1). Cette clause est autorisée par le principe de la liberté des conventions matrimoniales ; elle n'est en rien contraire à l'ordre public. Elle présente d'ailleurs de grands avantages pour la femme qui, au lieu de rester créancière de la communauté ou de son mari, deviendra personnellement pro-

(1) Aubry et Rau, t. V, n° 507, note 81, p. 307. — Rodière et Pont, t. I, 693, — Laurent t. XXI, 385. — Colmet de Santerre VI, 79 b/s IV, — Guillouard, II, 501.

priétaire des biens acquis en remploi et profitera seule de l'augmentation de valeur dont ces biens pourront être l'objet.

M. Troplong a contesté l'utilité de la clause d'emploi et de remploi obligatoire pour le mari (1). Ce savant auteur considère que l'obligation imposée au mari d'opérer le remploi des propres de la femme est une contrainte exorbitante que les diverses garanties accordées à la femme, pour la restitution de sa dot rendent inutile. Observons que ces garanties, quelque importantes qu'elles soient, peuvent rester insuffisantes. Si le mari n'a pas d'immeubles et s'il est insolvable, la restitution de la dot de la femme devient impossible. Si la femme peut obliger son mari à effectuer le remploi du montant de ses reprises, elle n'aura rien à craindre de son insolvabilité.

« Si l'on admet la validité d'une telle obligation, dit M. Troplong, on devra la sanctionner par une action. Or, on doit éviter les actions entre époux, en raison du scandale dont elles sont la cause. » Mais, peut-on répondre, le législateur, en permettant à la femme de demander contre son mari sa séparation de biens, a autorisé une action beaucoup plus grave que l'action qui lui est accordée pour le contraindre à effectuer l'emploi et le remploi. A ce titre, cette action ne saurait être refusée, elle aura même pour effet d'éviter de nombreuses demandes en séparation de biens. Si la femme peut obliger son mari au remploi et si le remploi est effectué, sa dot ne sera pas en péril et la femme n'aura aucun motif à invoquer en faveur d'une demande en séparation de biens.

Quelle est la nature de l'action accordée à la femme

(1) Contrat de mar., t. II, 1073 et 1074.

pour contraindre son mari à effectuer le remploi ? Cette action a pour but l'exécution d'un fait. D'après l'article 1442, « toute obligation de faire ou de ne pas faire « se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de « la part du débiteur. » La femme, lorsqu'elle n'aura pu obtenir du mari l'accomplissement du remploi, le mettra en demeure d'avoir à le réaliser et, à défaut d'exécution volontaire, obtiendra qu'il soit condamné à consigner une somme égale à celle destinée au remploi.

L'article 1144, d'après lequel « le créancier peut, en « cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui- « même l'obligation aux dépens du débiteur, » permettra à la femme d'opérer elle-même le remploi de la somme consignée par le mari (1).

De ce que le contrat de mariage n'aura fixé aucun délai pour l'accomplissement de l'emploi et du remploi, on ne doit pas conclure que le mari pouvant toujours exécuter son obligation, la femme n'aura pas d'action pour le contraindre à opérer le remploi dans un délai fixé par elle ou par les tribunaux. La femme, dans l'hypothèse que nous examinons, a imposé à son mari le remploi comme une obligation non comme une faculté. Les tribunaux, tout en tenant compte des difficultés que pourra présenter l'accomplissement du remploi, auront le droit de fixer au mari un délai pour sa réalisation et de l'obliger, à défaut d'exécution dans ce délai, à consigner la somme destinée au remploi.

En étudiant les règles de l'emploi et du remploi sous le régime dotal, nous avons admis que le défaut d'emploi et de remploi n'était pas à lui seul une cause suffisante de séparation de biens, nous maintenons à plus forte raison

(1) Caen, 2 août 1851, *Sir.*, 52, 2, 132.

la même solution en cas de défaut d'accomplissement de l'emploi et du remploi stipulés obligatoires pour le mari sous le régime de la communauté. La séparation ne doit être accordée que dans les circonstances prévues par la loi. On chercherait en vain une analogie entre l'action en séparation de biens et l'action en remploi ; ces deux actions ont l'une et l'autre pour but la conservation du patrimoine de la femme mais elles diffèrent essentiellement dans leurs causes et dans leurs effets. L'action en remploi a sa source dans les stipulations du contrat de mariage, elle tend à faciliter à la femme la restitution de ses reprises mais elle n'accuse en rien l'insolvabilité du mari. L'action en séparation de biens, au contraire, est un indice du mauvais état des affaires du mari et des craintes que son administration inspire à la femme ; les raisons qui justifient l'action en remploi seraient impuissantes à justifier l'action en séparation de biens.

L'obligation d'emploi et de remploi imposée au mari par le contrat de mariage n'a aucun effet vis-à-vis des tiers ; en aucun cas ils ne sauraient être liés par cette obligation qui ne leur est pas opposable. Alors même que les biens de la communauté et les biens du mari seraient insuffisants pour permettre à la femme d'être désintéressée du montant de ses reprises, elle n'aura aucun recours à exercer contre ses débiteurs qui, en payant au mari, ont satisfait à la seule obligation dont ils étaient tenus (1).

### § III. — Remploi obligatoire pour le mari et pour les tiers.

Le plus souvent, lorsque la femme mariée sous le régime de la communauté oblige son mari à l'emploi des

(1) Aubry et Rau, § 207, note 82 et les auteurs cités.



sommes qu'il recevra pour elle pendant le mariage et au remploi du prix des aliénations de ses biens propres, elle rend l'emploi et le remploi *obligatoires* même *pour les tiers*.

M. Troplong admet d'une manière générale que, lorsque la clause de remploi est stipulée sous le régime de la communauté, les tiers ne sont pas tenus de surveiller le remploi, bien que l'obligation leur en soit imposée par le contrat de mariage. « Une personne libre, dit M. Troplong, « ne saurait s'interdire elle-même et elle peut toujours « rentrer dans sa liberté. Qu'on suppose du reste dans le « contrat de mariage une clause de remploi obligatoire « pour les tiers, quel moyen ceux-ci auront-ils de con- « traindre les époux à effectuer le remplacement? La « femme leur répondra en effet qu'elle renonce à un droit, « celui de les rendre responsables du remploi, ce qui lui « est permis. Du reste, ajoute M. Troplong, une femme « n'est pas maîtresse de se créer des actions contre les « tiers, fût-ce par contrat de mariage. Un tiers qui a « bien acheté et bien payé n'est pas lié par les clauses du « contrat de mariage qui contrarient son droit » (1).

La majorité des auteurs repoussent la doctrine de M. Troplong. L'argument que ce savant auteur croit rencontrer dans la liberté laissée à la femme mariée sous le régime de la communauté de renoncer à l'obligation de remploi qu'elle a imposée aux tiers par une stipulation de son contrat de mariage et de les soustraire ainsi à toute responsabilité, suppose résolue la question de savoir si une telle renonciation est possible. Or, nous estimons que l'article 1395, prohibant toute modification aux conven-

(1) Troplong, loc. cit. t. II, n° 1083.

tions matrimoniales, après la célébration du mariage, s'oppose à cette renonciation. La déclaration faite par la femme qu'elle entend renoncer au emploi prescrit par son contrat de mariage est une modification apportée à cet acte et ne doit avoir aucun effet. L'acquéreur d'un bien propre de la femme, malgré une telle déclaration, sera fondé à refuser d'effectuer le paiement de son prix tant qu'on ne lui fournira pas la preuve d'un emploi.

M. Troplong prétend que la femme ne peut se créer des droits contre les tiers même par contrat de mariage. Mais les époux peuvent, dans leurs conventions matrimoniales, combiner entre eux les divers régimes admis par le législateur et le Code civil permet l'insertion de toutes les clauses qui ne sont pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La femme peut, alors même qu'elle adopte le régime de la communauté, frapper d'inaliénabilité une partie de ses biens, elle peut à plus forte raison, sans rendre ses biens inaliénables, apporter certaines restrictions au droit qui lui appartient de les aliéner. Observons d'ailleurs que les tiers ne pourront jamais être lésés par l'application de la clause de emploi; la prudence leur commande, avant de contracter avec une femme mariée ou avec son mari administrateur de ses biens, de consulter les clauses de son contrat de mariage; ils connaîtront ainsi l'obligation de emploi imposée au mari et la responsabilité qui les atteint. En contractant avec la femme, ils s'engagent tacitement à veiller à l'accomplissement du emploi.

La jurisprudence et la majorité des auteurs admettent la validité de la clause de emploi stipulée obligatoire pour les tiers. Une telle clause dérogeant au droit commun et aux principes du régime de la communauté ne doit être

considérée comme opposable aux tiers que si elle est formulée en termes exempts d'équivoque; tous les arrêts imposent cette condition (1).

Quelle sera l'influence sur la capacité de la femme de la clause de remploi stipulée obligatoire pour les tiers?

Deux explications sont données.

On soutient que les biens propres de la femme commune en biens, soumis au remploi en cas d'aliénation, doivent être assimilés aux biens dotaux stipulés aliénables à charge de remploi (2). L'effet de la clause de remploi stipulée obligatoire pour les tiers est de frapper les biens de la femme d'inaliénabilité: « Une telle clause, a dit la Cour de Caen le 21 février 1845, constitue une condition de la capacité de la femme pour aliéner ses immeubles » (3). Si le remploi n'est pas accompli, la femme est réputée n'avoir jamais eu la capacité d'aliéner, elle a le droit de demander la révocation de l'aliénation qu'elle a consentie. La clause de remploi stipulée obligatoire pour les tiers sous le régime de la communauté équivaut donc à une stipulation d'inaliénabilité. Si le remploi n'est pas opéré, la nullité de la vente consentie par la femme pourra être prononcée.

D'autres auteurs soutiennent que cette clause de remploi obligatoire pour les tiers ne rend pas les biens qu'elle concerne inaliénables. Cette stipulation n'altère en rien la capacité de la femme de disposer des biens soumis

(1) Lyon, 4 janvier 1877, Sir 77, 2, 269.

(2) Merlin, V. Remploi, § 7. — Toullier, t. XII, n° 372. — Rolland de Villargues, Répertoire du notariat, V. Communauté de biens, n° 438 et 439, 2<sup>e</sup> édition. — Duranton, t. XV, n° 257 et 297. — Zacharie, Droit civil, t. III, n° 304, 2. — Lyon, 31 mars 1840, Sir. 40, 2, 323.

(3) Sir. 1845, 2, 583.

au remploi, la vente qu'elle consent est définitive, elle subsiste même si le remploi n'est pas accompli.

Sous le régime de la communauté, la femme autorisée de son mari peut librement aliéner ses biens ; le mari a l'entière capacité de recevoir le prix des aliénations et d'en disposer. La clause de remploi, sous ce régime, a pour effet de restreindre dans l'intérêt de la femme ce droit de libre disposition appartenant au mari ; pour assurer l'exécution de l'obligation de remploi, la femme stipule que les acquéreurs de ses biens seront responsables de son accomplissement. Mais, en insérant dans son contrat de mariage la clause de remploi, la femme n'entend nullement rendre ses biens inaliénables. Elle conserve la faculté de les vendre librement, la validité du paiement fait par les acquéreurs seule est subordonnée à la condition du remploi. Si le remploi n'est pas opéré, l'acquéreur sera tenu d'effectuer un second paiement mais il conservera le bien qu'il aura acquis.

La Cour de Cassation a formellement décidé, par un arrêt rendu, toutes chambres réunies, le 8 juin 1858, que la clause de remploi stipulée obligatoire pour les tiers par la femme mariée sous le régime de la communauté n'était pas assez explicite pour établir l'inaliénabilité des biens de la femme (1).

La jurisprudence est aujourd'hui fixée dans le même sens (2). Il est généralement admis que la clause de remploi, même rendue opposable aux tiers, n'équivaut pas à une déclaration de dotalité et ne peut en tenir lieu mais

(1) Sir. 1858, 1, 147.

(2) Cass. 19 juillet 1863, Sir. 63, 1, 372. — Lyon 14 janvier 1868, Sir. 68, 2, 7. — Cass. 10 janvier 1867, Sir. 67, 1, 360. — Aubry et Rau, t. V, § 333, p. 524, note 10. — Laurent XXI, 128. — Rodière et Pont, t. I, 696 — Guillouard, t. II, 506.

a le seul effet d'assurer à la femme certaines garanties, en cas de vente volontaire de ses biens.

La femme conserve donc la libre disposition des biens soumis au remploi, elle peut les aliéner, les donner en gage à ses créanciers, hypothéquer ses immeubles et consentir une subrogation à son hypothèque légale, en un mot, sa capacité d'aliéner ne subit aucune restriction.

Si la femme aliène un de ses biens soumis au remploi et si le remploi n'est pas effectué, elle ne peut demander la nullité de la vente qu'elle a consentie ; elle peut seulement, si le défaut de remploi lui cause un préjudice, exiger de l'acquéreur un second paiement.

Quelles obligations la stipulation de remploi impose-t-elle aux tiers acquéreurs des biens de la femme ? Ils sont tenus de se libérer de leur prix d'une manière conforme aux prescriptions du contrat de mariage. Leur responsabilité n'est pas discutable ; en contractant avec la femme, ils ont dû consulter les termes de son contrat de mariage et ils ont accepté l'obligation de surveiller l'accomplissement du remploi (1).

Si le remploi n'a pas été accompli, la femme a une action contre l'acquéreur de ses biens. Elle obtiendra contre lui une condamnation à des dommages intérêts représentant le préjudice que lui aura causé l'inexécution du remploi. L'action de la femme contre les tiers ne sera qu'une action subsidiaire et la femme devra, avant d'agir contre eux, exercer l'action en remploi contre son mari.

Dans quelles conditions la femme pourra-t-elle agir en remploi contre l'acquéreur ?

Si l'acquéreur est encore débiteur de son prix, au mo-

(1) Limoges 11 décembre 1863, Sir. 63, 2, 77. — Cass. 19 juillet 1863, Sir. 63, 1, 372 et 1<sup>er</sup> mars 1859, Sir. 59, 1, 402.

ment de l'action intentée contre lui par la femme, il paiera son prix d'acquisition au mari contre la justification d'un remploi. Si le mari ne fournit aucun remploi, la femme obtiendra l'autorisation de l'effectuer elle-même.

Supposons que l'acquéreur ait payé son prix au mari et que le remploi n'ait pas été effectué, la femme pourra-t-elle agir en remploi contre lui pendant la durée de la communauté ? La difficulté provient ici de ce que, la communauté n'étant pas dissoute, il est impossible de savoir si le défaut de remploi causera à la femme un préjudice.

Nous ne pensons pas cependant que l'acquéreur soit pendant la durée de la communauté à l'abri des poursuites de la femme. Le mari étant le premier responsable du défaut de remploi de la somme qu'il a reçue, la femme, avant de s'adresser à l'acquéreur, devra exercer contre son mari l'action en remploi. Ce dernier sera condamné à opérer le remploi dans un délai fixé par le tribunal ou, à défaut d'exécution, à consigner la somme qui lui a été payée. Si le mari est insolvable et ne peut consigner, la femme s'adressera à l'acquéreur. N'accorder aucune action à la femme contre l'acquéreur, avant la dissolution de la communauté, sous prétexte que jusqu'à cette époque le remploi peut être fourni par le mari, serait l'exposer à perdre inévitablement son recours, si l'acquéreur devenait dans la suite insolvable. L'acquéreur mis en cause par la femme sera condamné à consigner la somme destinée au remploi mais cette condamnation ne sera pas définitive et la somme consignée lui sera restituée si, avant la dissolution du mariage, le mari se trouve en état d'exécuter le remploi. Si l'acquéreur effectue un second paiement, il aura toujours le droit d'exercer un recours



contre le mari et de le contraindre à l'indemniser, il a payé une dette dont le mari était tenu comme débiteur principal.

Supposons que la communauté soit dissoute au moment où la femme ou ses héritiers intentent l'action en remploi. La femme ou ses représentants ne pourront agir contre l'acquéreur qu'après avoir réalisé les biens de la communauté et les biens du mari. Dans cette seconde hypothèse, si l'acquéreur paie une seconde fois, il aura le droit de recours contre le mari ou sa succession.

L'acquéreur sera responsable non seulement du défaut absolu de remploi mais de l'inutilité et de l'insuffisance du remploi qui aura pu être accompli.

Nous n'exposerons pas les principes de la responsabilité des tiers acquéreurs. Le plus souvent, lorsqu'après avoir adopté le régime de la communauté, la femme impose au mari l'obligation de faire remploi, en rendant les tiers acquéreurs responsables de l'accomplissement de l'opération, elle fixe l'étendue de leur responsabilité. Mais à défaut de réglementation spéciale des conditions de cette responsabilité, les tiers seront tenus de veiller à l'accomplissement d'un remploi utile et suffisant par ce seul motif que l'obligation de remploi leur est opposable. Le remploi est une condition de la validité du paiement effectué par les acquéreurs, or, en stipulant le remploi, la femme a entendu exiger un remploi utile et avantageux.

#### § IV. — Remploi stipulé comme condition de l'aliénabilité de certains biens déclarés inaliénables.

Souvent la femme, tout en adoptant le régime de la communauté, soumet une certaine partie de sa fortune

aux règles du régime dotal. Nous avons admis qu'elle pouvait atteindre ce but soit en adoptant expressément le régime dotal, en ce qui concerne certains biens de son patrimoine, soit en stipulant leur inaliénabilité ou d'une manière générale, en insérant dans le contrat de mariage une clause assez précise pour que les tiers ne puissent avoir aucun doute sur son intention de soumettre ses biens à l'application des règles du régime dotal. Lorsque la clause de remploi est jointe à une telle stipulation elle devient une condition de l'aliénabilité des biens que la femme a frappés d'inaliénabilité (1).

Il n'existe plus aucune différence entre la clause de remploi stipulée dans cette hypothèse de dotalité partielle et la clause de remploi stipulée sous le régime dotal et dont nous avons précédemment étudié les règles.

Les explications qui précèdent se réfèrent plus particulièrement à la clause de remploi, mais les solutions que nous avons données se rapportent également à la clause d'emploi insérée par la femme dans son contrat de mariage, lorsqu'elle a adopté le régime de la communauté. Les mêmes règles sont applicables, qu'il s'agisse du remploi du prix d'un bien propre de la femme ou de l'emploi de deniers provenant du remboursement d'une créance qui lui appartient.

La distinction que nous avons établie entre les diverses hypothèses où l'obligation de remploi peut se présenter, s'applique également à l'obligation d'emploi. Pour que cette obligation soit opposable aux tiers, une stipulation formelle en ce sens doit être insérée dans le contrat de mariage.

(1) Voir ci-dessus p. 188 les auteurs et les arrêts cités, note 1.

Cette opinion généralement admise a été contestée par M. Benech (1). Cet auteur considère que les débiteurs de la femme sont responsables du défaut d'emploi, quelle que soit la rédaction de la clause d'emploi insérée dans le contrat de mariage, même si la femme n'a pas spécialement indiqué que les tiers seraient tenus de veiller à l'emploi des sommes remises au mari. Ce dernier a en principe le pouvoir de donner quittance des sommes dues à la femme, mais l'obligation d'emploi insérée dans le contrat de mariage restreint ce pouvoir et le subordonne à une condition. Si l'emploi n'est pas effectué, la condition à laquelle était soumise la validité du paiement n'est pas accomplie, ce paiement a été fait à une personne incapable de recevoir, la femme pourra le méconnaître.

Nous ne partageons pas l'opinion de M. Benech. On doit, à notre avis, tenir compte, dans l'appréciation de la clause d'emploi stipulée par la femme dans son contrat de mariage, du régime matrimonial qu'elle a adopté. Sous le régime de la communauté le mari a le droit de recevoir le remboursement des créances appartenant à la femme, il a la faculté d'opérer l'emploi des sommes qui lui sont remises ou d'en disposer à son gré. Lorsque la femme se borne à rappeler les dispositions du Code civil, elle n'a sans doute pas l'intention de rendre obligatoire pour les tiers un emploi que le législateur a laissé facultatif pour le mari. Si elle veut imposer au mari l'obligation d'emploi et aux tiers l'obligation de veiller à l'exécution de l'emploi, sous leur responsabilité personnelle, elle devra exprimer formellement sa volonté à cet égard. A défaut de clause expresse l'emploi restera facultatif pour le mari et les tiers n'auront pas à s'en inquiéter.

(1) Loc. cit. n° 35, p. 136.

## CHAPITRE III

### DE L'INCAPACITÉ DE S'OBLIGER STIPULÉE PAR LA FEMME DANS SON CONTRAT DE MARIAGE.

Plusieurs fois, dans le cours de cette étude, nous avons signalé la tendance qu'a la femme à restreindre étroitement par ses conventions matrimoniales les conditions de sa capacité. Parfois, lorsqu'elle n'adopte pas le régime dotal, la femme ne se contente pas de stipuler l'aliénabilité de ses biens et de réserver ainsi à sa dot les garanties de conservation les plus étendues que le législateur du Code civil paraît avoir admises, elle déclare dans son contrat de mariage qu'elle sera absolument *incapable* soit de *consentir certains engagements déterminés* soit d'une manière générale, de *s'obliger*.

Quelle est la valeur de cette stipulation ? Cette question d'un très vif intérêt s'est présentée, il y a quelques années, en jurisprudence. De savants jurisconsultes et d'excellents praticiens ont habilement discuté la validité de cette clause ; nous indiquerons rapidement les motifs qui de part et d'autre ont été invoqués (1).

(1) De Folleville, *de l'incapacité complète de s'obliger stipulée dans un contrat de mariage* (extrait de la *France judiciaire*, 1878). — *Traité du contrat pécuniaire de mariage*. t. I, p. 16 et suiv. — Valette, *Mélanges*, t. I, p. 513 et suiv. — Vavasseur, *Revue critique*, 1878, p. 289. — Challamel, même revue, 1880. — Lyon-Caen, notes sous Sirey 1876, 2,63, et 1878, 2,161. — Comp. *Le Droit*, n° du 9 mars et du 9 avril 1876.

Voir également l'intéressante allusion faite à cette jurisprudence par notre ancien et honoré maître, M. Perrin, président de la chambre des notaires de Lyon, dans le discours prononcé par lui à l'assemblée générale du 14 mai 1878 (p. 22 et suiv.).

Tout d'abord, remarquons la différence qui existe entre l'incapacité qui résulte de cette stipulation et l'incapacité dont la femme est frappée, lorsqu'elle adopte le régime dotal. En déclarant qu'elle sera incapable de s'obliger, la femme s'interdit le droit de contracter aucun engagement valable. L'obligation consentie en violation de cette clause est nulle dès le principe et ne peut être exécutée sur aucun bien de la femme. Lorsqu'elle adopte le régime dotal, au contraire, la femme se rend incapable d'aliéner ses biens dotaux, elle les met à l'abri des poursuites des créanciers avec lesquels elle contractera pendant le mariage, mais ses engagements seront valables et pourront s'exécuter sur ses biens paraphernaux.

Dans deux arrêts rendus l'un, le 17 novembre 1875, l'autre, le 6 décembre 1877, la Cour de Paris a prononcé la validité de la stipulation dont nous avons indiqué les termes (1).

Dans la première espèce soumise à l'examen de la Cour de Paris, la femme avait adopté le régime de la séparation de biens et s'était interdit le droit « de s'engager pour son mari ou de payer pour son compte aucune dette directement ou indirectement. » Dans la seconde espèce sur laquelle la Cour a eu à statuer, la femme avait adopté la communauté de biens réduite aux acquêts et avait stipulé « qu'elle ne pourrait même avec le consentement de son mari ou de justice s'obliger envers les tiers, ses engagements à cet égard devant être considérés comme nuls et de nul effet. »

Malgré la différence des termes employés et l'étendue diverse de chacune de ces clauses, les mêmes principes

(1) Paris, 17 novembre 1875, Sir. 76, 2,65, et 6 décembre 1877, Sir. 78, 2,161.

ont rencontré leur application dans les deux espèces et nous pourrons les assimiler au point de vue de la solution que nous aurons à adopter. Dans les deux hypothèses, la femme s'était frappée d'une véritable incapacité conventionnelle, indépendante du régime matrimonial qu'elle avait adopté. Nous pouvons donc pour résoudre la question, la généraliser et nous demander si une femme mariée sous un régime autre que le régime dotal peut stipuler dans son contrat de mariage qu'elle sera incapable de s'obliger.

On a soutenu la validité de cette stipulation par les arguments suivants :

1<sup>o</sup> Le législateur a établi, au titre du contrat de mariage, un principe qui domine toutes les dispositions de cette matière, celui de la liberté des conventions matrimoniales. Ce principe résulte de la combinaison des articles 1387 à 1390 qui contiennent les seules prohibitions imposées par le législateur à la volonté des contractants. Or, aucun de ces textes n'interdit à la femme le droit de restreindre par son contrat de mariage sa capacité de s'obliger. Dans l'intérêt des époux et par mesure de faveur la loi autorise dans le contrat de mariage certaines stipulations qu'ailleurs elle refuse de sanctionner. La clause par laquelle la femme restreint sa capacité de s'obliger ou même s'interdit d'une manière absolue le droit de contracter des obligations, est une application du principe de la liberté laissée aux époux pour la rédaction de leurs conventions matrimoniales.

La seule restriction que le législateur apporte à la libre volonté des futurs époux est l'interdiction des clauses contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs et aux dispositions prohibitives du Code civil (art. 6 et 1388).



Or il est évident qu'ici les bonnes mœurs sont hors de cause. La stipulation qui nous occupe est-elle contraire à l'ordre public ? On ne saurait sérieusement le soutenir. Aucune raison d'ordre public ne pourrait être invoquée en faveur de la nullité de la clause d'incapacité absolue de s'obliger ; l'ordre public réclame au contraire sa validité. Ce motif a été habilement développé devant la Cour de Paris : « Un père, a dit M. l'avocat général « Chevrier, veut sauvegarder la fortune de sa fille contre « les entraînements d'un jeune homme qu'il agrée, mais « dont il craint la prodigalité ou que sa profession expose « aux chances hasardeuses du commerce ou de l'indus- « trie ; il redoute néanmoins les embarras, les rigoureuses « entraves du régime dotal, lui refusera-t-on, au nom « d'un principe abstrait d'ordre public, le droit de stipu- « ler la clause d'incapacité et de protéger sa fille contre « des promesses désastreuses toujours facilement arra- « chées et n'est-il pas vrai plutôt qu'un principe supé- « rieur d'ordre public oblige à reconnaître ce droit ? » (1)

2° Si, laissant de côté les rapports des époux, l'on envisage l'intérêt des tiers, il faut avouer que cet intérêt ne sera jamais lésé par l'insertion, dans le contrat de mariage, de la clause dont nous étudions les effets. Avant d'accepter l'engagement d'une femme mariée, les tiers doivent consulter les termes de son contrat de mariage ; la loi du 10 juillet 1850 leur permet de reconnaître exactement les conditions dans lesquelles la femme peut s'obliger et de contracter avec elle en toute sécurité, la clause litigieuse est donc pleinement opposable aux tiers. Signalons ce motif de fait sans y insister ; la seule question que nous nous

(1) Réquisitoire, Paris, 6 décembre 1877 — *Gazette des Tribunaux*, 4 janvier 1878.

positions est celle de savoir si la clause par laquelle la femme se frappe de l'incapacité absolue de s'obliger, est valable en droit ou doit être frappée de nullité ; les raisons de fait ne doivent pas nous arrêter.

3<sup>o</sup> La clause litigieuse, dit-on, n'est pas contraire aux dispositions du Code civil, elle trouve un sérieux appui dans les textes. Lorsqu'elle s'interdit le droit de s'obliger, même avec l'autorisation de son mari, la femme se rend incapable d'aliéner indirectement ses biens propres, de les donner en gage à ses créanciers ; le législateur a lui-même donné à cette clause une application dans le Code civil : il a admis le régime dotal. Qu'est-ce que l'inaliénabilité dotale, sinon une incapacité que la femme stipule dans son contrat de mariage même et qu'elle généralise, lorsqu'elle comprend dans sa constitution de dot la totalité de ses biens présents et à venir ? Et qu'on ne soutienne pas que cette incapacité est inhérente au régime dotal et ne peut exister que sous ce régime. Le législateur a formellement autorisé les époux à combiner entre eux les divers régimes matrimoniaux ; une femme mariée sous le régime de la communauté peut soumettre quelques-uns de ses biens ou même la totalité de sa fortune aux règles du régime dotal.

Les arrêts par lesquels la Cour de Paris a admis la validité de la stipulation d'une incapacité absolue de s'obliger ont soulevé dans la doctrine de vives protestations. L'importance des décisions de la Cour était en effet considérable. Le régime dotal est l'objet de nombreuses critiques, on exagère même ses inconvénients, mais, en pratique, on peut affirmer qu'il a souvent la préférence de pères de famille et que dans certaines régions il est le régime le plus adopté. La faveur même dont jouit le ré-

gime dotal permet de supposer quel accueil était destiné à la stipulation d'une incapacité absolue de s'obliger, si la jurisprudence eût continué à lui donner sa sanction. On l'a dit, cette clause serait devenue de style dans les contrats de mariage. Les notaires auraient trouvé dans cette stipulation un moyen facile d'éluder le régime dotal dont le nom, à tort ou à raison, effraie certains contractants; la protection désirée pour la femme ne s'en fût pas trouvée diminuée.

La thèse admise par la Cour de Paris ne devait pas faire fortune; elle a été très vivement combattue. Examinons les arguments qui lui ont été opposés.

1. Il est admis que les règles concernant l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public et que la convention des parties ne peut y apporter aucune dérogation. Le législateur a-t-il fait exception à ce principe en faveur des conventions matrimoniales? Nous ne le pensons pas. Si aucune disposition du Code civil ne s'oppose directement à ce que la femme puisse, dans son contrat de mariage, se déclarer incapable de s'obliger, il faut admettre qu'une telle stipulation est condamnée par les principes généraux.

L'article 6 CC. prohibe toute dérogation conventionnelle aux lois d'ordre public; or, parmi ces lois figurent les prescriptions concernant l'état et la capacité des personnes. D'autre part, le législateur déclare (art. 1388) que les époux ne peuvent par leurs conventions matrimoniales déroger aux dispositions prohibitives du Code civil; les règles d'ordre public auxquelles l'article 6 fait allusion font partie de ces dispositions.

L'article 1387 édictant le principe de la liberté des conventions matrimoniales, que nous avons souvent rappelé,

semble, par son texte même, défavorable à la thèse en faveur de laquelle on l'invoque. Cet article est ainsi conçu : « La loi ne régit l'association conjugale, *quant aux biens*, « qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, etc. » Ce texte ne concerne que les dispositions qui sont relatives aux biens et nullement celles qui se rapportent aux personnes. Les règles concernant l'état et la capacité des personnes sont en dehors du domaine des conventions, elles sont fixées par la loi, sans que les parties puissent les modifier. Sans doute la femme peut par les stipulations de son contrat de mariage restreindre les conditions de sa capacité, mais elle ne peut, dans ce but, qu'appliquer et combiner entre elles les règles des différents régimes matrimoniaux que la loi lui propose ; elle ne peut sortir du cadre établi par le législateur et des limites qu'il lui a imposées. Telle n'est pas la stipulation que fait la femme lorsqu'elle déclare qu'elle sera incapable de s'obliger ; elle se frappe alors d'une incapacité personnelle, elle ne règle pas, comme l'exige le législateur, sa capacité quant aux biens, quant à ses intérêts pécuniaires.

Les époux, nous l'avons dit, doivent, dans leurs conventions matrimoniales, respecter les principes généraux de notre législation et rester dans les limites de l'ordre public. La liberté qu'autorise le législateur n'est donc pas absolue, elle doit être circonscrite dans ce double intérêt.

Or, d'après un principe formel de notre droit, « toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi » (art 1123). Le législateur a formulé dans l'article 217 le principe de la capacité de la femme mariée, lorsqu'elle est autorisée par son mari. La restriction que la clause dont nous discutons la validité apporterait à la

capacité de la femme serait une exception à la règle de l'article 217 qui ne comporte aucune dérogation conventionnelle. C'est la loi seule qui détermine les hypothèses dans lesquelles la femme est incapable de contracter, la convention des parties serait impuissante à en augmenter le nombre. La liberté des conventions matrimoniales ne saurait donc justifier une exception aux principes généraux du droit et aux règles d'ordre public.

A un autre point de vue, la validité de la clause litigieuse peut être contestée. Si le principe des conventions matrimoniales, dont on ne cesse d'invoquer l'autorité dans ce débat, autorise la stipulation par la femme d'une incapacité absolue de s'obliger, il doit autoriser tout aussi bien des stipulations analogues. Et si la femme peut se frapper de l'incapacité de s'obliger, pourquoi ne pourra-t-elle pas s'interdire le droit de consentir d'autres actes, se priver par exemple de la faculté de faire une donation à son mari ? Les partisans de la thèse que nous combattons n'autoriseraient certainement pas de telles stipulations ; mais elles ne sont, à nos yeux, ni plus ni moins graves que l'interdiction stipulée par la femme du droit de s'obliger ou de cautionner son mari.

Enfin, si la clause litigieuse est déclarée valable, quelles conséquences devra-t-on lui attribuer ? La femme devenue complètement incapable de s'obliger ne pourra contracter aucun engagement, même le moins important, elle se sera frappée d'une véritable interdiction conventionnelle.

2. Les raisons de fait tirées des convenances particulières des parties, de l'intérêt de la femme et de la possibilité pour les tiers de connaître exactement les conditions de sa capacité, ont exercé une influence incontestable sur

les décisions qu'a rendues la cour de Paris. On nous permettra de ne pas insister sur ces arguments, nous discutons la valeur juridique d'une stipulation, en dehors de toutes considérations de fait. Qu'importent d'ailleurs, dans la discussion, les convenances particulières d'un père de famille auquel la stipulation d'une incapacité contractuelle peut être utile. S'il a des craintes fondées sur l'administration future du gendre qu'il a choisi, si le régime dotal appliqué dans toute sa rigueur, avec le cortège imposant des incapacités et des entraves qui s'y rattachent, ne lui suffit pas pour mettre la dot de sa fille à l'abri des dissipations prévues de son gendre, pourquoi accepte-t-il un tel administrateur? Qu'il ait le soin de le munir avant le mariage d'un conseil judiciaire, ce sera le moyen légal de dissiper ses soupçons et d'assurer à la dot de sa fille une administration moins onéreuse! D'ailleurs nous nous empressons d'admettre qu'un tel état de fait sera exceptionnel. Mais fût-il général, les tribunaux doivent appliquer la loi et n'ont pas à s'inspirer des circonstances de fait pour déterminer la capacité des parties. La capacité de la femme ne peut varier avec la situation particulière du futur époux, elle est soumise à des règles invariables. « Sans doute, dit M. Laurent, c'est dans l'intérêt des individus que le législateur fixe leur état et qu'il les déclare capables et incapables. Mais, pour ce classement des personnes, il prend en considération l'intérêt de tous, l'intérêt de la société... Dès lors l'individu ne peut pas opposer ses convenances au vœu de la loi et s'il essayait de le faire, ses actes seraient nuls(1). »

3. Dans la discussion qui est intervenue devant la cour de Paris, on s'est efforcé de rapprocher la clause litigieuse

(1) L. I, n° 52, p. 87.



des principes du régime dotal, on a cherché à démontrer que le législateur avait créé à la femme mariée sous le régime dotal une situation analogue à celle qui doit être reconnue à la femme rendue par son contrat de mariage incapable de s'obliger. Cet argument d'analogie, s'il était exact, déterminerait à lui seul notre conviction. La stipulation dont nous discutons la validité trouvant un appui dans les principes du Code civil, ne nous paraîtrait plus susceptible de contradiction.

Une différence très notable existe, à notre avis, entre les effets de l'interdiction absolue de s'obliger stipulée par la femme dans son contrat de mariage et l'incapacité dont elle est frappée, lorsqu'elle adopte le régime dotal, même lorsqu'elle se constitue en dot tous ses biens présents et à venir. L'étude que nous avons faite de l'incapacité de la femme dotale nous dispensera de donner ici de longs développements. Lorsqu'elle se soumet au régime dotal, la femme se frappe, il est vrai, d'une incapacité qui est la conséquence du régime qu'elle choisit, mais cette incapacité n'est pas personnelle, absolue et n'enlève pas à la femme le droit de contracter aucun engagement, elle a des règles spéciales, elle est relative aux seuls biens dotaux. La femme, en ce qui concerne ses biens paraphernaux, garde une entière capacité ; les engagements qu'elle contracte sont parfaitement valables, ils s'exécuteront sur sa fortune paraphernale et sur les biens qu'elle recueillera après la dissolution du mariage. On n'a jamais songé à soutenir que l'engagement souscrit par une femme dotale était nul. Le régime dotal protège la dot non la personne ; il est pour la femme la cause d'une véritable incapacité réelle, ne s'appliquant qu'aux biens dotaux, il ne rend pas la femme personnellement incapable de s'obliger.

Bien différente dans sa nature et dans ses effets est la stipulation par laquelle la femme déclare, dans son contrat de mariage, qu'elle sera absolument incapable de s'obliger. L'incapacité dont la femme prétend se frapper n'est plus une incapacité spéciale, limitée à certains biens, mais une incapacité générale et absolue, sanctionnée par la nullité des obligations que la femme contracte en violation de cette clause.

Le Code civil n'a admis aucune disposition reproduisant dans notre droit l'incapacité qui résultait à Rome du sénatus-consulte Velléen. Le Velléen interdisait à la femme de s'obliger et d'obliger ses biens pour autrui, mais la femme restait pleinement capable de s'engager dans son propre intérêt. En admettant la validité de la stipulation d'une incapacité absolue de s'obliger, on autorise le rétablissement dans notre droit du sénatus-consulte Velléen qu'Henri IV a abrogé par un édit de 1604; non seulement on ressuscite ses dispositions, on les aggrave.

L'argument d'analogie que l'on prétend établir entre les effets de la clause qui nous occupe et ceux résultant de l'adoption du régime dotal même le plus étendu est inexact : « On ne peut de l'inaliénabilité de la dot sous le régime dotal, complet ou partiel, dit M. Valette (1), conclure à l'inaliénabilité des biens non dotaux et que la femme garde en mains; jamais on n'a prétendu qu'une femme dotale, autorisée de son mari, ne puisse contracter des dettes; il s'agit de savoir sur quels biens elles pourront s'exécuter. On voudrait reconnaître une incapacité conventionnelle affectant non tels biens mais telle personne, ce qui est inadmissible. »

(1) Loc. cit.

La stipulation, par laquelle la femme se frappe d'une incapacité absolue de s'obliger ne peut être justifiée ni par un texte ni par les principes généraux du droit. Elle est condamnée par ses conséquences mêmes : elle rend impossible l'administration de la fortune de la femme, elle est contraire à l'ordre public et dépasse les limites des stipulations qui peuvent s'abriter sous l'égide du principe de la liberté des conventions matrimoniales. Cette stipulation, qu'on l'envisage dans les termes absolus dans lesquels elle a été formulée, ou qu'elle ait été limitée à certains engagements de la femme, doit être frappée de nullité.

Les arrêts par lesquels la Cour de Paris a déclaré valable la stipulation dont nous avons examiné les effets, ont rencontré de savants contradicteurs. L'un d'eux, M. Vallette, a appelé sur cette jurisprudence naissante dont l'importance lui paraissait devoir être considérable, la censure de la Cour de Cassation : « La nullité de l'obli-  
« gation d'une femme mariée, majeure, autorisée de son  
« mari, nullité que l'on tirerait des conventions matrimo-  
« niales de cette femme, est une monstruosité inconnue  
« jusqu'à ce jour et que, à coup sûr, la Cour de Cassation  
« ne laissera pas se glisser dans la jurisprudence. Elle  
« saura maintenir le principe que nul ne peut, par une  
« clause de contrat, se placer dans une incapacité per-  
« sonnelle, absolue, de faire certains actes. » La Cour de Cassation s'est en effet refusée à sanctionner la doctrine de la Cour de Paris. Par un arrêt du 22 décembre 1879, elle a cassé la seconde des décisions rendues par cette Cour. L'arrêt de la Cour suprême est basé sur les motifs suivants que nous avons exposés : 1<sup>o</sup> les stipulations ayant pour objet de modifier la capacité des personnes sont nulles, elles sont contraires à des lois d'ordre

public ; 2<sup>o</sup> aucun texte de notre Code civil n'autorise la femme à se placer dans un état d'incapacité conventionnelle, à se frapper elle-même d'une véritable interdiction (1).

La décision de la Cour de Cassation a mis fin à une controverse passionnée. La jurisprudence est aujourd'hui fixée dans le sens de la nullité des stipulations analogues à celle que nous avons citée. La Cour de Paris elle-même a réformé sa doctrine. Par un arrêt du 19 juin 1884 elle a admis que la clause, par laquelle la femme stipulait dans un contrat de mariage que les engagements qu'elle contracterait avec l'autorisation de son mari seraient nuls, ne devait produire aucun effet. La Cour a même ajouté qu'une telle clause ne pouvait pas valoir comme stipulation de dotalité (2). Doit-on admettre une solution aussi absolue ? Nous ne reviendrons pas sur des développements qui ont trouvé leur place dans cette étude, disons seulement, en terminant, que la stipulation, par laquelle la femme déclare qu'elle sera pendant le mariage incapable de s'obliger, nous paraît assez formelle pour entraîner l'inaliénabilité de ses biens, lorsque cette inaliénabilité est compatible avec le régime matrimonial qu'elle a adopté.

(1) Cass. 22 décembre 1879, Sir. 1880, 1, 125.

(2) Paris, 19 juin 1884. Sir. 1884, 2, 493.



# POSITIONS

---

## DROIT ROMAIN

I. — Pour intenter l'action Publicienne, en matière de vente, il n'était pas nécessaire qu'on eût payé le prix.

II. — Il a existé en droit romain une action rescisoire de l'usucapion.

III. — Le fidéjusseur poursuivi par un cofidéjusseur pouvait opposer le bénéfice de division.

IV. — *Le jus offerendæ pecuniæ* ne pouvait exister qu'entre créanciers hypothécaires. Les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires ne pouvaient l'exercer à l'égard d'une créance chirographaire privilégiée.

## DROIT CIVIL

I. — L'action en nullité du traité intervenu entre le tuteur et son pupille se prescrit par dix ans, à compter du jour du traité. Cette convention, malgré sa nullité, interromp la prescription édictée par l'article 475 C. C.

II. — La libéralité indirecte faite sous la forme de stipulation pour autrui, dans le sens de l'article 1121 C. C., peut être acceptée par les bénéficiaires même après le décès du donateur tant qu'elle n'a pas été révoquée.

III. — La réserve d'usufruit au profit du survivant des donateurs dans un partage anticipé est nulle.



IV. — La responsabilité et l'action en garantie contre l'architecte se prescrivent par un laps unique de dix ans à partir de la réception des travaux.

### DROIT COMMERCIAL

I. — Les sociétés commerciales entre époux sont permises mais révocables.

II. — Encas d'augmentation du capital d'une société anonyme, les règles relatives à la souscription intégrale des actions et au versement du quart sont applicables aux actions nouvelles.

III. — La femme d'un commerçant dont la succession a été déclarée en faillite ne peut, au détriment de la masse, invoquer le bénéfice de l'assurance sur la vie contractée à son profit par son mari.

### DROIT MARITIME

I. — L'assureur, en cas de délaissement, est légalement subrogé en vertu de l'article 1251, 3<sup>e</sup> §. C. C., aux droits de l'assuré.

II. — Le tiers acquéreur d'un navire qui paie les créanciers hypothécaires leur est subrogé. Il peut accomplir la purge des hypothèques à l'égard des créanciers hypothécaires, non à l'égard des créanciers chirographaires ou privilégiés.

Vu : Lyon, le 13 décembre 1888.

*Le Doyen de la Faculté, président de la thèse,*

E. CAILLEMER.

*Permis d'imprimer :*

Lyon, le 15 décembre 1888.

*Le Recteur de l'Académie,*

EM. CHARLES.

# TABLE DES MATIÈRES

---

|                                                                                                                         | Pages |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| INTRODUCTION . . . . .                                                                                                  | 7     |
| <br>PREMIÈRE PARTIE<br><br>                                                                                             |       |
| DES RESTRICTIONS A LA CAPACITÉ DE LA FEMME RÉSULTANT<br>DE L'ADOPTION DU RÉGIME DOTAL . . . . .                         | 7     |
| CHAPITRE I. — Notions historiques et fondement de l'inaliénabilité dotale . . . . .                                     | 9     |
| § 1 <sup>er</sup> . — Origine historique de l'inaliénabilité. . . . .                                                   | 9     |
| § 2. — Du caractère de l'inaliénabilité dotale . . . . .                                                                | 13    |
| I. — Doctrine de l'indisponibilité des immeubles dotaux. . . . .                                                        | 13    |
| II. — Doctrine de l'incapacité de la femme dotale. . . . .                                                              | 16    |
| III. — Réfutation de la doctrine de l'indisponibilité — La femme dotale est frappée d'une incapacité spéciale . . . . . | 22    |
| CHAPITRE II. — De l'application à la dot mobilière du principe de l'inaliénabilité dotale . . . . .                     | 30    |
| Section I. — Doctrine de l'aliénabilité et de l'inaliénabilité de la dot mobilière . . . . .                            | 32    |
| I. — Doctrine de l'aliénabilité. . . . .                                                                                | 32    |
| II. — Doctrine de l'inaliénabilité. . . . .                                                                             | 35    |
| III. — Influence sur la capacité de la femme des doctrines exposées . . . . .                                           | 39    |

|                                                                                                                                               |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>Section II.</b> — Théorie de la jurisprudence. — Sa justification. — Ses conséquences au point de vue de la capacité de la femme . . . . . | 44 |
| CHAPITRE III. — De l'influence de l'inaliénabilité sur les obligations de la femme dotale. . . . .                                            | 52 |
| <b>Section I.</b> — Obligations contractées par la femme dotale pendant le mariage . . . . .                                                  | 53 |
| <b>Section II.</b> — Obligations résultant de la loi et des quasi-contrats de la femme dotale. . . . .                                        | 62 |
| § 1 <sup>er</sup> . — Obligations résultant de la loi . . . . .                                                                               | 62 |
| § 2 <sup>e</sup> . — Obligations résultant des quasi-contrats. . .                                                                            | 64 |
| <b>Section III.</b> — Obligations résultant des délits et des quasi-délits civils de la femme dotale . . . . .                                | 68 |

## DEUXIÈME PARTIE

|                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| DES DÉROGATIONS GÉNÉRALEMENT APPORTÉES PAR LE CONTRAT DE MARIAGE A LA RÈGLE DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT. . . . . | 87 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE I. — De la réserve du droit d'aliéner la dot et de ses effets. . . . .                                                                                                 | 90  |
| <b>Section I.</b> — De l'aliénation de la dot permise par le contrat de mariage. — Des règles d'interprétation habituellement suivies en pratique et en jurisprudence . . . . . | 90  |
| <b>Section II.</b> — De l'influence sur la capacité de la femme de la réserve du droit d'aliéner la dot. . . . .                                                                | 96  |
| CHAPITRE II. — De la réserve du droit d'aliéner la dot avec obligation de emploi. — De la clause d'emploi et de emploi sous le régime dotal. . . . .                            | 108 |
| Observation générale. — De l'emploi et du emploi. — Leur utilité. . . . .                                                                                                       | 108 |

|                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>Section I.</b> — Dans quels cas il existe une obligation d'emploi et de remploi. . . . .                                           | 113 |
| <b>Section II.</b> — Des conditions de validité et de réalisation de l'emploi et du remploi . . . . .                                 | 119 |
| § 1 <sup>er</sup> . — De la déclaration d'emploi et de remploi . . . . .                                                              | 121 |
| § 2 <sup>e</sup> . — De l'acceptation de l'emploi et du remploi . . . . .                                                             | 123 |
| I. — Nécessité de l'acceptation. — En quelle forme elle doit intervenir . . . . .                                                     | 123 |
| II. — Acceptation de l'emploi et du remploi en valeurs mobilières. . . . .                                                            | 129 |
| § III. — Effets de l'acceptation du remploi. . . . .                                                                                  | 130 |
| § IV. — Conséquences de la réalisation de l'emploi et du remploi. . . . .                                                             | 136 |
| <b>Section III.</b> — En quels biens l'emploi et le remploi peuvent être effectués. — Quelles sommes ils doivent comprendre . . . . . | 137 |
| § I. — En quels biens l'emploi et le remploi peuvent être effectués . . . . .                                                         | 137 |
| I. — Le contrat de mariage indique le mode d'emploi et de remploi. . . . .                                                            | 138 |
| II. — Le contrat de mariage n'indique pas le mode d'emploi et de remploi . . . . .                                                    | 139 |
| III. — Examen de quelques hypothèses spéciales . . . . .                                                                              | 143 |
| § 2 <sup>e</sup> . — A quelles sommes s'étend l'obligation d'emploi et de remploi. . . . .                                            | 146 |
| <b>Section IV.</b> — Des frais de l'emploi et du remploi. . . . .                                                                     | 148 |
| § 1 <sup>er</sup> . — De la contribution aux frais de l'emploi et du remploi . . . . .                                                | 148 |
| § 2 <sup>e</sup> . — En quoi consistent les frais d'emploi et de remploi . . . . .                                                    | 152 |
| <b>Section V.</b> — A quel moment l'emploi et le remploi peuvent être réalisés . . . . .                                              | 155 |
| <b>Section VI.</b> — Des obligations et de la responsabilité des tiers et du mari, en cas de défaut et d'insuffisance                 |     |

|                                                                     |     |
|---------------------------------------------------------------------|-----|
| de l'emploi et du remploi . . . . .                                 | 159 |
| § 1 <sup>er</sup> . — De la responsabilité des tiers et du mari . . | 159 |
| I. — Obligations des tiers. . . . .                                 | 159 |
| II. — Obligations du mari . . . . .                                 | 168 |
| § 2 <sup>e</sup> . — Des moyens de recours accordés à la femme.     | 169 |
| I. — Action de la femme contre les tiers. . . .                     | 170 |
| II. — Action de la femme contre son mari. . .                       | 177 |

### TROISIÈME PARTIE

#### DES CLAUSES RESTRICTIVES DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME SOUS LES RÉGIMES AUTRES QUE LE RÉGIME DOTAL 181

|                                                                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE I. — Des restrictions à la capacité de la femme résultant de la combinaison du régime dotal avec les autres régimes matrimoniaux . . . . . | 184 |
| <b>Section I.</b> — Combinaison du régime dotal et du régime de la communauté . . . . .                                                             | 184 |
| <b>Section II.</b> — Combinaison du régime dotal et du régime de la séparation de biens . . . . .                                                   | 189 |
| CHAPITRE II. — De diverses clauses insérées sous le régime de la communauté et parfois considérées comme des stipulations de dotalité. . . . .      | 195 |
| <b>Section I.</b> — De la clause de reprise d'apports francs et quittes. . . . .                                                                    | 196 |
| <b>Section II.</b> — De la clause d'emploi et de remploi sous le régime de la communauté. . . . .                                                   | 204 |
| § 1 <sup>er</sup> . — Remploi facultatif . . . . .                                                                                                  | 206 |
| § 2. — Remploi obligatoire pour le mari. . . . .                                                                                                    | 208 |
| § 3. — Remploi obligatoire pour le mari et pour les tiers. . . . .                                                                                  | 211 |
| § 4. — Remploi stipulé comme condition de l'inaliénabilité de certains biens déclarés inaliénables. .                                               | 218 |
| CHAPITRE III. — De l'incapacité de s'obliger stipulée par la femme dans son contrat de mariage . . . . .                                            | 221 |











---

NANCY, IMPRIMERIE A. NICOLLE.

---